Zur Rechtsstellung in der Ehe geborener unehelicher Kinder.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Hugo Franck,
Referendar aus Einbeck.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Göttingen 1917.
Druck der Universitätsbuchdruckerei von W. Fr. Kaestner.

Referent: Prof. Dr. Detmold.

Meinen lieben Eltern.

Inhalts-Übersicht.

Seite

Literatur-Verzeichnis VI

§ 1 Einleitung 1

I. Der Rechtszustand vor 1900

§ 2. Allgemeines 3

§ 3. Die Rechtsvermutung: pater est, quem nuptiae demonstrant 3

§ 4. Der Gegenbeweis gegen die Vaterschaftsvermutung . 18

II. Die Rechtslage nach heutigem bürgerlichen Recht

§ 5. Die Ehelichkeitsvermutung und die Gegenbeweise . . 35

§ 6. Die Anfechtung der Ehelichkeit 45

§ 7. Die Geltendmachung der Unehelichkeit 62

§ 8. Die Rechtsmittel des von einer Ehefrau geborenen Kindes gegen seinen außerehelichen Erzeuger bei Abwesenheit des Ehemannes 75

Literatur.

Bernhöft: Das neue bürgerliche Recht in gemeinverständlicher Darstellung. 4. Band, Familienrecht. 1906.

Bornemann: Systematische Darstellung des preußischen Zivilrechts. 5. Band, 2. Aufl. Berlin 1845.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Band, 1. Abt. Jena 1897.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Band. Tübingen 1908.

Dernburg: Pandekten. 3. Band. 3. Aufl. Berlin 1892.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. 4. Band: Deutsches Familienrecht. 2. Aufl. Halle 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Band, 2. Abtlg. 8. 9. Aufl. 1908.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Band, 2. Abtlg., das Familienrecht. Marburg 1914.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 9. Aufl. München 1912.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. 4. Band. 7. Aufl. Berlin 1897.

Fuchs: Die Rechtsvermutung der ehelichen Vaterschaft nach römischem und neuerem Rechte. Wien 1880.

Gruchot: Beiträge.

Heilfron: Römische Rechtsgeschichte und System des römischen Privatrechts. 5. Aufl. Berlin 1903.

Juristenzeitung, deutsche.

Juristische Wochenschrift.

Lang: Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Personen-, Familien- und Vormundschaftsrechts. 2. Aufl. Tübingen 1881.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Band 4, Familienrecht. Berlin und Leipzig 1888.

Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 2. Band. 6. Aufl. Berlin 1912.

Opet: Das Verwandtschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Berlin 1899.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Band. Familienrecht, 1. und 2. Aufl. Berlin 1901.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs IV. Familienrecht. Berlin 1897.

Recht, Das. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Regelsberger: Pandekten. 1. Band. Leipzig 1893.

Reichsgerichtsrätekommentar (das bürgerl. Gesetzb. mit bes. Berücksichtigung der Rechtsspr. des Reichsger.) III Band. Familienrecht, Erbrecht. 2. Aufl. Berlin 1913.

Richter: Das Vormundschaftsrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Leipzig 1897.

v. Roth: Deutsches Privatrecht. Teil II. 1881.

v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. 2. Band. Berlin 1840.

Schmidt: Lehrbuch des preußischen Rechtes und Prozesses. 2. Band. Breslau 1875.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

Sohm: Institutionen. 14. Aufl. Leipzig 1911.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4: Familienrecht. 2. Teil. 5/6. Aufl. München und Berlin 1910.

Stintzing: Bemerkungen über die Präsumtion der ehelichen Vaterschaft in Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 9. Band. Jena 1868.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. 4. Band. 1/2. Aufl. Berlin 1884.

Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz.

v. Wächter: Pandekten II. Leipzig 1881.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1. Band. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Wippermann: „Über die rechtliche Lage der vor der Ehe empfangenen Kinder" im Archiv für praktische Rechtswissenschaft usw. 9. Band. Darmstadt und Leipzig 1872.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichsjustizamt. Band 4. Äußerungen zum Familienrecht. Berlin 1890.

Entscheidungen.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Berliner Obertribunals.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Mugdan und Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Seuffert: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Abkürzungen.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
FGG. = Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898.
GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz vom 17. Mai 1898.
JW. = Juristische Wochenschrift.
OLE. 4, 7 = Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Band 4, Nr. 7.
OTE. 4, 7 = Entscheidungen des Berliner Obertribunals, Band 4, Seite 7.
RG. 5, 36 = Entscheidungen des Reichsgerichts, Band 5, Nr. 36.
Seuffert 5, 36 = Seufferts Archiv, Band 5, Nr. 36.

Einleitung.

§ 1.

Gleichlaufend mit dem Aufschwung der Bevölkerung Deutschlands zu hoher nationaler Begeisterung geht zu Beginn des Krieges ein großer, sozialer Zug durch die deutsche Gesetzgebung. Der erste Kriegstag bringt ein Gesetz, das den Zweck hat, alle die Personen, die infolge des Krieges an der Wahrnehmung ihrer Rechte verhindert sind, vor Nachteilen zu schützen. Am gleichen Tage ergeht eine Änderung des Unterstützungsgesetzes von Angehörigen der Militärpersonen, das insbesondere deshalb von sozialer Bedeutung ist, weil es in Bezug auf die staatliche Kriegsunterstützung die unehelich geborenen Kinder den ehelichen grundsätzlich gleichstellt. So erfreulich diese Maßnahme ist für die große Schar der unehelichen Kinder, deren Versorgung ihre Erzeuger unter dem Schutze des ersterwähnten Gesetzes oft mit ihrer Einziehung, regelmäßig aber mit ihrem Abmarsch ins Feld, einstellen, so praktisch und verständig ist sie vom Standpunkt der Volkserhaltung und -vermehrung. Die Lösung dieser für unsere politische Zukunft hochwichtigen Frage wird möglicherweise weitere Verbesserungen in der Rechtslage der Unehelichen bringen. Indessen werden von den bedeutsamen Unterschieden, die

das heutige Recht kennt, — ein uneheliches Kind ist mit seinem Erzeuger rechtlich nicht verwandt, also z. B. auch nicht sein gesetzlicher Erbe, führt nicht seinen Namen, u. a. — die wesentlichsten auch noch fernerhin bestehen bleiben. Wenn demnach die Feststellung, ob ein Kind ehelich oder unehelich geboren ist, besonders für dieses von großer Wichtigkeit ist, so ist doch die Ermittelung des Personenstandes des Kindes keineswegs immer einfach.

Die meisten Unehelichen sind Kinder unverheirateter Mädchen. Hier beruht die Unehelichkeit darauf, daß die Mutter nicht Ehefrau ist. Es ist aber auch denkbar, daß ein Kind, welches von einer Ehefrau, also in der Ehe geboren wird, kein eheliches Kind ist. Hier müssen aber ganz besondere Umstände vorliegen. Gerade der Krieg begünstigt das Eintreten solcher besonderen Umstände. So gab den unmittelbaren Anlaß zu den folgenden Erörterungen dieser Fall:

Die Ehefrau eines Kriegers gebiert ein Kind, obschon der Ehemann seit nahezu 2 Jahren im Felde steht, ohne jemals aus der Front beurlaubt zu sein. Da sie in ärmlichen Verhältnissen lebt, der Erzeuger ihres Kindes aber ein reicher Mann ist, will sie für ihr Kind gegen ihn die Unterhaltsklage anstrengen und bittet um Auskunft auf welche Weise sie ein Urteil gegen den Erzeuger erlangen kann, das ihn zur Alimentation ihres Kindes verpflichtet.

Bei der Erörterung dieses Tatbestandes wird zunächst der Status des Kindes festgestellt, d. h. darüber entschieden werden müssen, ob das Kind ehelich oder unehelich geboren ist. Weiter wird zu prüfen sein, ob der noch immer im Schützengraben liegende Ehemann diesen Bastard als sein Kind gelten lassen muß oder ob er dessen Ehelichkeit anfechten kann, und wie; ob ferner auch andere die Unehe-

lichkeit des Kindes geltend machen können, so das Kind selbst oder seine Mutter, wie z. B. im Alimentationsprozeß gegen den Erzeuger. Wie, wenn sich weiter die Rechtslage ergibt, daß der Vater fällt, ohne von der Geburt etwas erfahren zu haben, wie wenn er vermißt und für tot erklärt wird und seine Ehefrau weitere Kinder zur Welt bringt? Wie endlich, wenn er trotz Todeserklärung noch lebt und später zurückkehrt? So ergibt sich aus dem nüchternen Tatbestand eine Fülle interessanter, oft schwieriger Fragen.

§ 2.

Eine hervorragende Rolle spielt naturgemäß bei allen diesen Fragen die Lehre von der durchschnittlichen Dauer der Entstehung eines Kindes sowie von ihren äußersten Grenzen, eine Lehre, die mit den immer fortschreitenden Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft dauernden Veränderungen unterliegt. Hier ist fernerhin, wie später zu zeigen ist, die jeweils herrschende Sittenanschauung von Bedeutung. Da auch diese stetem Wechsel unterliegt, sind die in den Gesetzen niedergelegten Rechtsanschauungen über diese Fragen je nach Zeit und Land verschieden.

Im Folgenden soll zunächst eine Übersicht über den Rechtszustand im römischen und gemeinen Recht im Vergleich mit den Bestimmungen des preußischen allgemeinen Landrechts gegeben werden. Diesen Darlegungen wird sich der Hauptteil der Arbeit, die Rechtslage nach dem heutigen bürgerlichen Recht, anschließen.

§ 3.

Die Abstammung des Menschen beruht auf der geschlechtlichen Vereinigung eines Menschenpaares; sie ist die

Quelle und Grundlage seiner persönlichen Rechtsverhältnisse. So wichtig darnach für das Rechtsleben eines Kindes die Feststellung seiner Abstammung ist, so schwierig ist es oft zu beweisen, von wem der die Geburt begründende Zeugungsakt vorgenommen ist. Festzustellen, wer die Mutter eines neugeborenen Kindes ist, wird in den meisten Fällen keine Schwierigkeiten bieten. Wesentlich anders aber verhält es sich mit der Abstammung vom Vater. Hier fehlen die für die Feststellung der Mutterschaft äußerlich erkennbaren und maßgebenden Merkmale der Geburt und es bleibt als Ausgangspunkt zur Feststellung der Vaterschaft lediglich der eine Akt, an dem der Vater teilgenommen haben muß, nämlich die Zeugung. Hier bieten aber die physiologischen Vorgänge der Zeugung ein Hindernis. Da sich die Empfängnis sowie die Entstehung der Leibesfrucht, besonders in ihrem Anfangsstadium, in Formen vollzieht, die trotz aller medizinischen Studien und Erfahrungen, in tiefes Dunkel gehüllt, dem Einblick des menschlichen Auges entzogen sind, ist ein direkter Beweis — im strengsten Sinne des Wortes — unmöglich. Aber auch bei der schon für das römische Recht geltenden freien Beweiswürdigung, d. h. auf den Prozeß übertragen: bei der aus der ganzen Verhandlung geschöpften freien richterlichen Überzeugung der Wahrheit oder der Unwahrheit der behaupteten Tatsachen —, ist bei den sozialen Zuständen und sittlichen Anschauungen unserer Zeit der Nachweis, daß ein bestimmter Mann, und nur dieser, als Erzeuger eines Kindes in Betracht kommt, bisweilen garnicht, oft nur mit Schwierigkeiten zu erbringen.

Um den die natürliche Abstammung seines Kindes behauptenden Vater im Falle der Bestreitung diesen schwierigen Beweis zu erleichtern, haben schon in früher Zeit die

meisten Gesetzgebungen Vermutungen aufgestellt, die ein unter bestimmten äußeren Verhältnissen geborenes Kind auch ohne den schweren Nachweis der Abstammung als Abkömmling eines bestimmten Mannes bezeichnen. Grund und Berechtigung zu dieser Vermutung gibt der Erfahrungssatz, daß es bestimmte Lebensverhältnisse gibt, die einen sicheren Schluß auf den Erzeuger zulassen, in denen also regelmäßig ein Kind als von einem bestimmten Mann abstammend geboren wird; dies Lebensverhältnis ist ganz offenbar eine rechtsgültige Ehe, jene größte menschliche Lebensgemeinschaft, deren Hauptzweck gerade die Kindererzeugung ist. Diesen Erwägungen verdankt die römische Rechtsregel ihre Entstehung, die wir l. 5. D. de in ius voc. 2, 4 (Paulus 1 IV ad edictum) lesen: Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant, d. h.: Ein während der Ehe geborenes Kind gilt als vom Ehemann erzeugt, also als sein eheliches, oder: Als Vater eines während der Ehe geborenen Kindes gilt der Ehemann der Mutter. Dieser Rechtssatz erspart dem Ehemann beim Nachweis der Ehelichkeit seines in der Ehe geborenen Kindes den Beweis, daß

1. er in der für die Empfängnis des Kindes in Frage kommenden Zeit mit der Frau geschlechtlich verkehrt hat,
2. er allein, und kein anderer als Erzeuger des Kindes in Betracht kommt, der Geschlechtsverkehr auf der Seite seiner Ehefrau also ein ausschließlicher gewesen ist,

und zwar dadurch, daß er für das Vorliegen dieser beiden Bedingungen eine Rechtsvermutung (praesumtio iuris) aufstellt.

Wenn auch im allgemeinen Einigkeit darüber herrscht, daß dieser Satz eine Vermutung zu Gunsten der Ehelichkeit des in der Ehe geborenen Kindes darstellt, so gehen doch in mancher Beziehung die Ansichten über Umfang und Be-

deutung des Satzes weit auseinander. Zu diesem Streit führt die Beantwortung der Frage, ob denn für jedes in der Ehe – also auch für das eine Woche nach der Hochzeit — geborene Kind die Vermutung der Ehelichkeit streite, oder ob, da ja die Entstehung des Kindes im Mutterleib eine bestimmte Zeit in Anspruch nimmt, bei der Geburt die Ehe schon eine bestimmte Zeitlang bestanden haben müsse; m. a. W. ob das Kind nur in der Ehe geboren oder ob es auch während der Ehe erzeugt sein müsse.

Vor der Beantwortung dieser Frage ist noch zu erörtern, was denn mit der eben erwähnten „für die Empfängnis des Kindes in Frage kommenden Zeit" zu verstehen ist. Die Entwicklungszeit des Kindes im Mutterleib, die mit der Empfängnis beginnt und mit der Geburt ihr Ende nimmt, schwankt im Rahmen von mehreren Monaten. Da der Tag der Empfängnis meist unsicher ist, legen wir der Berechnung der Empfängniszeit — auch kritische Zeit genannt — den Tag der Geburt zu Grunde. Rechnen wir nun von diesem Tage zunächst soviel Monate zurück, wie ein Kind zu seiner Entwicklung mindestens nötig hat, sodann soviel, wie es höchstens dazu brauchen kann, so enthält die Differenz zwischen diesen beiden Terminen die Empfängniszeit.

Bezüglich der soeben angeschnittenen Streitfrage verlangt nun die herrschende Ansicht, auf l. 12. D. de statu hom. 1, 5 [1]) gestützt bei den Kindern, zu deren Gunsten die Ehelichkeit vermutet wird, nicht lediglich Geburt, sondern auch Erzeugung während der Ehe. Nach der

1) Paulus libro XIX. Responsorum: Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.

für die Zeit der römischen Gesetzgebung maßgeblichen Ansicht des griechischen Gelehrten Hippokrates sind zum Austragen eines lebenden Kindes als Mindestmaß 6 Monate erforderlich. Eine Erläuterung und vor allem Präzisierung dieses nicht ganz bestimmten Zeitraumes bringt l. 3. 12. D. de suis et leg. 38, 16 [1]). wonach das am 182. Tage nach Eheschluß geborene Kind als ehelich angesehen wird.

Die Mehrzahl der Schriftsteller des römischen Rechtes legt diese beiden Aussprüche des Paulus und des Ulpian in dem Sinne aus, daß ein Kind nur dann als eheliches gelte, wenn es *nach* dem 181. Tage seit Beginn der Ehe zur Welt komme; ein *vor* dem 182. Tage der Ehe geborenes Kind brauche der Ehemann nicht als das seinige anzuerkennen. Im einzelnen kennt auch diese Ansicht wiederum Unterschiede.

Nach Windscheid's Meinung gelten zu früh, d. h. vor dem 182. Tage nach Eheschließung geborene Kinder nicht als eigentliche eheliche Kinder, sondern als durch nachfolgende Ehe der Eltern legitimierte, wenn sie nur vom Manne anerkannt sind [2]).

In der Hauptsache, aber doch nicht vollständig, deckt sich hiermit Regelsbergers [3]) Ansicht, nach der das in den ersten 6 Ehemonaten geborene Kind durch die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Ehemannes die Rechtsstellung eines ehelich geborenen Kindes erhält. Sohm [4]) ist

1) Ulpianus libro XIV. ad Sabinum: ... De eo autem, qui centensimo octogensimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius Pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum: nec videri in servitutem conceptum, cum pater ipsius ante centensimum octogensimum secundum diem esset manumissa.

2) § 56 b Nr. 7, § 522 Nr. 3.

3) S. 277.

4) Sohm S. 646.

gänzlich Windscheid's Meinung: „Nach römischem Recht ist ehelich das in der Ehe vom Manne erzeugte, während das vor Eingehung der Ehe vom Manne erzeugte, in der Ehe geborene Kind als uneheliches, aber durch nachfolgende Ehe legitimiertes Kind erscheint [1]). Diese Ansicht zahlreicher Schriftsteller wird auch durch verschiedene oberinstanzliche Urteile der gerichtlichen Praxis unterstützt. Das Reichsgericht führt in einem Urteil vom 28. November 1884 [2]) aus: „Die in l. 5. D. 2, 4 aus dem Bestehen der Ehe (quem nuptiae demonstrant) gefolgerte Präsumtion kann nur das Verhalten der Eheleute in der Ehe zum Gegenstande haben und besagt daher nur, daß ein während der Ehe erzeugtes Kind als von dem Ehemann erzeugt anzusehen ist. Die — gegenteilige — Ansicht der Vorinstanz würde in ihrer Konsequenz dahin führen, daß die Präsumtion auf alle während der Ehe geborenen Kinder und also auch auf ein vor dem 182. Tage derselben geborenes Kind zu beziehen sei, eine Meinung, die zwar früher hin und wieder vertreten worden . . . ist, die aber heutigestags für das gemeine Recht als beseitigt gelten darf. Ein von dem Ehemann mit seiner nachherigen Ehefrau vor ihrer Ehe erzeugtes Kind kann, auch wenn dasselbe erst während der Ehe geboren worden ist, die Rechte eines ehelichen Kindes nur im Wege der Legitimation (legitimatio per subsequens matrimonium) erlangen [3]). Im Gegensatz hierzu erachtet die von Dernburg, v. Savigny, Stintzing u. a. vertretene Ansicht jede während der Ehe erfolgte Geburt,

1) Gleicher Ansicht sind Stobbe § 251 S. 312; Bornemann S. 261; Heilfron S. 897 u. 899.

2) RGE. Band 12, S. 166.

3) Ebenso zahlreiche Entscheidungen bei Seuffert: B. 35, 267; 1, 161; 22, 287; 11, 10; 21, 200.

die Anerkennung seitens des Ehemannes vorausgesetzt, für unter die Präsumtion der Ehelichkeit fallend. v. Savigny sagt: Wenn das Kind auch früher als 182 Tage nach geschlossener Ehe geboren ist, so soll es dennoch, unter der Voraussetzung der Anerkennung des Ehegatten als legitim gelten" [1]), und Dernburg spricht das Gleiche mit den Worten aus: „Kinder, welche von der Ehefrau während der Ehe vor dem 182. Tage nach dem Eheschlusse geboren werden, gelten gleichfalls als ehelich, jedoch nur, so lange der Ehemann deren Legitimität nicht bestreitet [2]) und noch unumwundener bei der Aufzählung: „Ehelich sind

1. die in der Ehe durch die Ehegatten erzeugten Kinder,
2. ferner aber auch die in der Ehe von der Ehefrau geborenen, welche der Ehemann vor der Ehe erzeugt hat" [3]).

Auch Wächter [4]) hält das vor der Ehe gezeugte und nach Eingehung der Ehe von der Ehefrau geborene Kind für ein legitime natus; er aber macht die Ehelichkeit davon abhängig, daß der frühere Beischlaf, von dem es herrühren kann, vom Ehemann zugegeben oder gegen ihn erwiesen wird.

Eine eingehende Begründung der ehelichen Geburt auch vor dem 182. Tage der Ehe geborener Kinder, die übrigens auch in der Praxis Vertreter gefunden hat, versucht Stintzing in einer Abhandlung über die Präsumtion der ehelichen Vaterschaft zu geben. Zunächst habe die Präsumtion: pater is est quem n. d. ihrem quellenmäßigen Ausdrucke nach keine andere Voraussetzung als die Eingehung der Ehe; es

1) Beilage III, S. 389.
2) Dernburg, Pandekten § 28, S. 55.
3) § 28, S. 54.
4) S. 598 ff.

sei also nicht einzusehen, wie man a priori bestreiten könne, daß sie auch bei einem im 6. Monate geborenen Kinde zur Anwendung komme; nur durch eine ausdrückliche besondere Bestimmung könne sie hier ausgeschlossen sein[1]). In den Quellen heiße es dann, daß ein am 182. Tage nach Eingehung der Ehe geborenes Kind vom Ehemann erzeugt sei, aber nicht, daß ein früher geborenes nicht von ihm erzeugt sein könne. Auch könne man nicht aus dem zu Gunsten des Kindes aufgestellten Satze des Paulus eine Vermutung zu des Kindes Ungunsten herleiten[2]). Überhaupt habe der Satz den Sinn und Zweck, „die geweihte Institution der Ehe gegen unsaubere Untersuchungen zu schützen", die Ehre der Frauen zu wahren und den Status der Kinder zu sichern. Im Verhältnis zu den brauchbaren Ergebnissen, zu denen die von ihm verfochtene Auslegung führe, falle es auch nicht in's Gewicht, wenn „auch hier und da einmal ein Kind als ehelich durchschleiche, dem dies Prädikat wohl eigentlich nicht zukomme".

Nach einer kurzen Zusammenfassung der von Fuchs über diese Frage vorgebrachten Gesichtspunkte, werde ich auf die Würdigung der beiden Meinungen eingehen. Fuchs stellt als Anschauung der Allgemeinheit den Satz hin: Wenn das Kind innerhalb eines so kurzen Zeitraumes nach Eingehung der Ehe zur Welt kommt, daß es unmöglich in derselben erzeugt sein kann, so wird doch regelmäßig jeder, wenn nicht besondere Gründe dagegen sprechen, den Ehegatten der Frau für den Erzeuger halten, und zwar umso eher, je früher nach eingegangener Ehe das Kind zur Welt kommt, weil umso weniger eine Irreführung des Ehegatten

1) S. 423 ff.

2) Ex Erk. des obersten Gerichtshofes für Bayern v. 20. III. 1875 abgedr. bei Seuffert 31, 39.

möglich ist[1]). Dieses stehe auch im Einklang mit dem Gedanken, daß „wenn ein Kind bald nach eingegangener Ehe geboren wurde, es am wahrscheinlichsten sei, daß der Gatte der Vater desselben sei, indem es ihm jedenfalls am leichtesten gewesen sei, seine Braut zu verführen[2]). In diesem Sinne interpretiert er eingehend die oben angezogenen Digestenstellen und kommt zu dem Ergebnis, daß für jedes in der Ehe geborene Kind die Vermutung der ehelichen Geburt gelte, wogegen dem Ehemann unter Hinweis auf die allzu kurze Dauer der Ehe der Gegenbeweis zustehe. Gegen die gegensätzliche Ansicht, welche die vor dem 6. Ehemonat geborenen Kinder für unehelich halte, spreche schon die damit verbundene notwendige Rechtsfolge, daß dann jedem Beliebigen, der nur ein Interesse daran habe, die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes freistände; ebenso müsse ein solches Kind von den Behörden ex officio als unehelich behandelt, besonders also auch als uneheliches in das Geburtsregister eingetragen werden. Daran ändere auch das Nichtbestreiten der Ehelichkeit eines zu früh geborenen Kindes seitens des Ehegatten nichts; denn durch sein Schweigen werde doch die Präsumtion der Ehelichkeit nicht geschaffen, dieselbe werde vielmehr nur nicht entkräftet, woraus folge, daß sie schon vorher bestanden haben müsse[3]).

Der hier von Fuchs aufgestellte Satz enthält als Schlußfolgerung zwar den von ihm vertretenen Grundsatz, jedoch fehlt es an jeder stichhaltigen Begründung dieses Ergebnisses und zwar deshalb, weil er zum Beweise statt der Voraussetzung die Behauptung verwendet. Denn die Feststellung. daß durch das Schweigen die Ehelichkeitsvermutung nicht

1) Fuchs S. 3.
2) Fuchs S. 18.
3) Fuchs S. 5, Note 4.

geschaffen werde, setzt ja die vor dem Schweigen vorliegende Ehelichkeitsvermutung voraus. Diese ist aber doch gerade behauptet und zu beweisen.

Im Übrigen ist zu der Streitfrage folgendes zu sagen. Es ist bereits gezeigt, wie der Rechtssatz: »pater is est, quem nuptiae demonstrant« sich entwickelt hat, auf welchen Grundgedanken und welchen Erfahrungssätzen er beruht. Es hatte sich herausgestellt, daß bei dem schwierigen Vaterschaftsbeweise es praktisch sei, mit einer Vaterschaftsvermutung nachzuhelfen und wir hatten gefunden, daß nach den Erfahrungen des Lebens die in dieser Hinsicht regelmäßigste Erscheinung, nach welcher von Kindern, die in der Ehe geboren sind, der Ehemann der Mutter der wirkliche Vater ist, als Grundlage zu nehmen sei. Diese Erkenntnis wiederum beruht, wie weiter erwiesen wurde, auf den Tatsachen, daß

1. zwischen Ehegatten regelmäßig Geschlechtsverkehr stattfindet und
2. dieser Geschlechtsverkehr ein ausschließlicher ist.

Nur wenn man sich diese Entwicklungsgedanken dauernd vergegenwärtigt, kann man zu einer richtigen Beantwortung der Frage gelangen: Ist der Satz „Ein in der Ehe geborenes Kind gilt als ehelich" so zu verstehen, wie Fuchs, Stintzing u. a. ihn auffassen, daß nämlich nur die Geburt des Kindes in der Ehe zu dessen Ehelichkeit erforderlich ist, oder muß nicht vielmehr auch schon die Erzeugung des Kindes in die Ehe fallen?

Die oben aufgestellten Erfahrungssätze lassen beide den Tag der Geburt des Kindes völlig unerwähnt, sie sprechen lediglich vom Zeitpunkt der Erzeugung. Aber auch von dieser nicht allgemein, sondern wiederum nur, wenn sie zwischen Ehegatten, also während bestehender Ehe vorge-

nommen wurde. Aus alledem erhellt, daß der Zeitpunkt der Empfängnis für das Eintreten oder Nichteintreten der Vaterschaftsvermutung bestimmend ist, und daß dieser Zeitpunkt, oder wegen der Unbestimmbarkeit dieses Termins richtiger die für die Empfängnis maßgebliche Zeit — wenn auch nur ein Tag derselben — in die Ehe fällt. Wohl sind jene Sätze passend für die geordneten Verhältnisse einer geschlossenen Ehe, wie das römische Recht sie kannte; keineswegs kann man sie aber gleichzeitig anwenden auf die Zeit vor der Ehe [1]), das hieße die durch das Wesen der Ehe begründete Pflicht zum Geschlechtsverkehr auch zwischen Brautleuten für das Normale zu halten.

So weit gehen natürlich Stintzing und die übrigen auch nicht, obgleich ihr Standpunkt in seinen Folgerungen dahin führen muß.

Abgesehen von dieser aus der Entwickelung des Satzes: »pater est, quem nuptiae demonstrant« sich ergebenden Begründung der Ansicht, daß bei ehelich geborenen Kindern nicht nur die Geburt, sondern auch die Erzeugung während der Ehe erfolgt sein muß, finden sich kräftige Stützen dafür in der oben zitierten Digestenstelle l. 12. 1, 5. Der Abschnitt: et ideo credendum est, eum qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse, der in der Hauptsache die für die Entwickelung einer Leibesfrucht erforderliche kürzeste Zeitdauer feststellt, sagt zugleich, daß ein früheſtens im 7. Monate der Ehe geborenes, und daher nicht auch ein vorher geborenes Kind, iustus filius ist. Der Ausdruck ex iustis nuptiis weist obendrein auf

1) Vgl. Endemann S. 529: „Liegt die Empfängniszeit des Kindes vor der Ehe, so fehlt die die eheliche Abstammung bestätigende Kraft des ehelichen Zusammenlebens".

die Abstammung aus einer gültigen, also bereits bestehenden Ehe hin.

Auch erbringt diese Stelle den bislang schuldig gebliebenen Beweis, daß die bereits mehrfach hervorgehobenen allgemeinen Entwickelungsgedanken der Vaterschaftsvermutung, auch dem römischen Recht zu Grunde liegen. Denn erstens beweist der Umstand, daß nach einem Beischlaf der Eltern überhaupt nicht gefragt, vielmehr nur das Bestehen der Ehe gefordert wird, daß auch im römischen Recht der Beischlaf zwischen den Ehegatten vermutet wird. Ferner ist auch aus der obigen Stelle die Vermutung des ausschließlichen ehelichen Geschlechtsverkehrs seitens der Ehefrau zu folgern, denn auch der Nachweis der Ausschließlichkeit wird zur Vermutung der Vaterschaft nicht verlangt. Das römische Recht hat also die gleiche Beweiserleichterung in Form der doppelten Vaterschaftsvermutung, denn ohne diese beiden Präsumtionen wäre zur Feststellung der ehelichen Vaterschaft der Beweis beider Tatsachen unbedingt erforderlich.

Aus alledem geht hervor, daß die Feststellung der Ehelichkeit oder Unehelichkeit eines Kindes davon abhängt, ob die Erzeugung in oder außerhalb der Ehe liegt. Während von den Eheleuten in der Ehe erzeugte Kinder ehelich geboren werden, sind vorehelich erzeugte Kinder, wie alle übrigen außerehelich erzeugten und geborenen Kinder nicht ehelich. Die vorehelich und außerehelich erzeugten Kinder aber unterscheiden sich wiederum insofern von einander, als im Gegensatz zu den außerehelich erzeugten und geborenen, mithin unehelichen Kindern bei den vorehelich erzeugten zwischen die Zeugung und Geburt die Heirat der Eltern dazwischentritt. Weil in diesem Falle der wichtigste Akt der Kindesentstehung, die Geburt, in die Ehe fällt, sind diese Kinder den ehelich geborenen zwar nicht völlig aber

so gut wie gleichgestellt. Sie sind zwar nicht legitimi, sondern heißen per subsequens matrimonium legitimi. Kinder die vor der Ehe erzeugt werden, sind also wegen ihrer außerehelichen Erzeugung unehelich, werden aber durch die Eheschließung ihrer Eltern legitimiert[1]).

Hiermit werden auch die von Fuchs gegen diese Ansicht vorgebrachten Bedenken hinfällig. Der Eintragung in das Standesregister ist ja die Eheschließung der Eltern vorausgegangen und deshalb sind diese Kinder nicht uneheliche, sondern -- wenn auch per subsequens matrimonium — eheliche und daher auch als solche einzutragen.

Das preußische Landrecht, sowie überhaupt die neueren Gesetzgebungen, stellen sich unter Abweichung von dieser Ansicht auf den gegnerischen Standpunkt. Die maßgebliche Bestimmung des allgemeinen Landrechts lautet: „Die Gesetze gründen die Vermutung, daß Kinder, die während einer Ehe erzeugt oder geboren werden, von dem Manne erzeugt sind“[2]). Danach sind also ehelich nicht nur die Kinder, die, wie im gemeinen Recht, während der Ehe der Ehegatten erzeugt sind, sondern auch die, welche lediglich in der Ehe geboren, also möglicherweise auch vor Abschluß der Ehe erzeugt sind. Wenn auch die obige Bestimmung in ihrer klaren Fassung für Mißverständnisse und Zweifel keinerlei Raum mehr zu lassen scheint, so werden doch durch die Entstehungsgeschichte sowohl, wie durch die dem § 1 folgenden Bestimmungen Bedenken mancherlei Art in die Materie hineingetragen. In dem ungedruckten Entwurf[3]) des preußischen allgemeinen Landrechts hieß es:

1) Eine ausführliche Begründung dieser Ansicht gibt Wippermann S. 389 ff.

2) ALR. II, Tit. 2, § 1.

3) Vgl. Bornemann S. 261 ff.

„Für eheliche Kinder werden alle diejenigen gehalten, welche während einer gesetzlich vollzogenen Ehe erzeugt und geboren sind". Auf Suarez' Antrag wurde aber diese Fassung umgeändert in „erzeugt oder geboren sind". Diese Änderung weist darauf hin, daß man absichtlich die zwar in der Ehe geborenen, aber nicht erzeugten Kinder den während der Ehe geborenen und erzeugten, also ehelichen Kindern, gleichstellen wollte. Wenn auch bis hierhin des Gesetzes Sinn und Absicht zweifelsfrei ist, so wird die Bedeutung des § 1 durch Erörterungen bei der Schlußrevision des Gesetzbuches wiederum zweifelsvoll. Bei der Revisionsbesprechung dieser Vorschrift äußert nämlich Suarez[1]) ganz im Gegensatz zu seinen Äußerungen in erster Lesung: „Nach diesen Sätzen wird ein Kind pro legitimo et ex iustis nuptiis procreato geachtet, wenn von der Hochzeit bis zur Geburt auch nur 7 Monate — das ist die geringste Schwangerschaftsdauer nach Ansicht des allgemeinen Landrechts — ..... verlaufen sind". Wenn man es bis jetzt für unzweifelhaft halten konnte, daß nach dem allgemeinen Landrecht jedes in der Ehe geborene Kind ehelich ist, so erscheint nach Suarez' Auslegung ebenso sicher der Grundsatz angenommen zu sein, daß ein in in der Ehe geborenes Kind nur in dem Falle als ehelich erachtet werden sollte, wenn es frühestens 7 Monate nach Abschluß der Ehe geboren worden ist. Diese letzte Ansicht wird noch durch folgende Betrachtung unterstützt. Im § 2 des ungedruckten Entwurfes, der die Untersuchung anordnete, ob der Ehemann in der Empfängniszeit der Mutter „ehelich beigewohnt habe", wird dieser Ausdruck durch die Worte „ob das Kind nicht von ihm erzeugt sein könne" ersetzt. Bei der letzten

1) Vgl. Bornemann 263 ff.

Besprechung und Annahme des Gesetzes ist man aber wieder von dieser Fassung ab und zu der ursprünglichen, nämlich „ehelich beigewohnt habe" zurückgegangen. Wohl ist die Wiederaufnahme dieses Ausdrucks geeignet, nahezulegen, daß es auf die eheliche Zeugung dennoch ankomme. Daß dieses Ergebnis mit dem klaren Wortlaut des § 1 in direktem Widerspruch steht, erklärt Fuchs[1]) damit, daß die Redaktoren des Gesetzbuches die Anwendbarkeit der Ehelichkeitsvermutung auch auf zu früh in der Ehe geborene Kinder sehr wohl eingesehen, jedoch nach Abänderung der ursprünglichen Fassung des § 1 vergessen hätten, den § 2 der neuen Textierung anzupassen, und namentlich eine besondere Bestimmung für die vor dem 7. Monat in der Ehe geborenen Kinder zu treffen.

Während so Fuchs den § 1 für ausschlaggebend erachtet, nehmen andere an, daß dieser Paragraph, der „ein abnormes der Sittlichkeit widersprechendes Prinzip aufstellt, für ungenau und unrichtig"[2]) zu halten sei, und legen dem § 2 die größere Wichtigkeit bei. Beide Ansichten führen naturgemäß zu diametral entgegengesetztem Ergebnis. Wenn man aber die völlig unzweideutige Formulierung des § 1 in Betracht zieht, ferner bedenkt, daß nach der Redaktionsmethode des allgemeinen Landrechts bei jeder neuen Materie gewöhnlich der erste Paragraph ganz allgemeine, für alle folgenden Bestimmungen maßgebende Vorschriften enthält, uud endlich noch hinzunimmt, daß die ausdrückliche Umänderung der Worte „erzeugt und geboren" in „erzeugt oder geboren" doch sicherlich ihren Zweck hat, so verdient die übrigens von vielen Schriftstellern[3]), auch von der

1) Fuchs S. 22.

2) Bornemann S. 266.

3) Bornemann S. 266 ff., Wippermann S. 408 und die dort zitierten, Fuchs S. 21 ff., Stobbe S. 312, Förster Eccius S. 133.

Praxis[1]) für richtig befundene Ansicht, daß für das preußische Landrecht zur Ehelichkeit eines Kindes lediglich dessen Geburt, nicht aber auch dessen Erzeugung in der Ehe erforderlich ist, den Vorzug. Übrigens steht auch die große Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen[2]) auf dem Boden dieser Anschauung. Die Gegenüberstellung der Bestimmungen des römischen Rechts und des allgemeinen Landrechts ergibt also einen wesentlichen Unterschied zwischen beiden Rechtssystemen[3]), insofern zu früh in der Ehe geborene Kinder nach römischem Recht als primär uneheliche, aber durch die nachfolgende Ehe der Eltern legitimierte, im preußischen Landrecht aber als eheliche Kinder gelten.

Für das gemeine Recht wird der Streit über die Bedeutung und den Umfang der Vaterschaftsvermutung insofern praktisch, als es einige wenige Erbrechte kennt, die nur den ehelichen, nicht aber den legitimierten Kindern zustehen, z. B. Fideikommißrechte[4]). Weit wichtiger ist aber die Entscheidung jener Streitfrage für die Beweisverteilung im Statusprozesse des Kindes, da von der Ausdehnung der Vaterschaftsvermutung die Beweislast abhängt.

§ 4.

Die Vaterschaftsvermutung des römischen Rechtes ist eine praesumtio iuris, also eine Vermutung, die zwar für die vermutete Tatsache vollen Beweis erbringt, gegen welche aber wiederum der Gegenbeweis möglich und zulässig ist. Die praesumtio iuris ist der Gegensatz zur praesumtio

1) Plenarbeschluß des Berliner Obertribunals vom 5. IX. 1842. OTE. Band VIII, S. 73 ff.

2) So das österreichische a. b. G. B. §§ 138, 155 ff. Das sächsische BGB. §§ 1771, 1775 ff.; code civil Art. 314.

3) Ebenso Savigny S. 416 ff.

4) Vgl. Stobbe § 313, Anm. 7.

iuris et de iure, der unwiderlegbaren Rechtsvermutung. Von welcher Beschaffenheit der Gegenbeweis sein muß, darüber wird viel gestritten. Unter Zugrundelegung der im vorigen Paragraphen erkannten Bedeutung der Vaterschaftsvermutung gestaltet sich die Lösung dieser Frage verhältnismäßig einfach.

Aus den gleichen Gründen, aus denen ein direkter Beweis der Abstammung von einem bestimmten Mann meist unerbringbar ist, ist auch der direkte Beweis, daß ein Kind ein Abkömmling des Mannes, der nach den bekannten Vermutungen als sein Vater gilt, nicht ist, in den weitaus häufigsten Fällen unmöglich. Hier wie dort sind daher Tatsachen herbeizutragen, die zwar nicht unmittelbar, aber doch in ihren Folgerungen dem Richter die volle Überzeugung von der Wahrheit der Parteibehauptung beizubringen vermögen. Zum Beweise der Nichtabstammung, bezw. Nichterzeugung ist daher das Nichtvorliegen einer der Voraussetzungen, auf denen die Vaterschaftsvermutung beruht, darzutun. Ein wesentliches Erfordernis der Vaterschaftsvermutung ist das Bestehen der Ehe im Augenblick der Kindeserzeugung. Der Beweis, daß zur Zeit der Erzeugung des Kindes eine Ehe zwischen den Kindeseltern noch garnicht bestanden hat, gibt daher einen vollen Gegenbeweis. Es ist anschaulich, den Gang eines solchen Statusprozesses, in dem der Ehemann die Ehelichkeit des ihm von seiner Gattin z. B. im dritten Monat der Ehe geborenen Kindes anficht, zu verfolgen. Nach der von mir bekämpften Ansicht besteht, da das Kind kurze Zeit nach Eingehung der Ehe geboren ist, bis auf weiteres die Vermutung, daß der Ehemann der Vater des Kindes sei[1]). Sein Geschlechtsverkehr mit der

1) Vgl. Fuchs S. 18.

Mutter während der Empfängniszeit wird also vermutet. Will er nun die Ehelichkeit anfechten, so muß er diese Vermutung seiner Vaterschaft entkräften. Das geschieht dadurch, daß er behauptet und nachweist, daß er während der ganzen Dauer der Empfängniszeit den Beischlaf mit der Kindesmutter nicht vollzogen habe. In diesem Fall, wo das Kind am Ende des dritten Ehemonats geboren ist, fällt die kritische Zeit in ihrem ganzen Umfang in die Zeit vor der Ehe. So muß der Ehemann den Nachweis der Nichtbeiwohnung sogar für die Zeit erbringen, wo er mit der Kindesmutter in ehelicher Gemeinschaft überhaupt noch nicht lebte. Nach meinem Dafürhalten ist dieser dem Ehemann obliegende Beweis, abgesehen von der zu Grunde liegenden eigenartigen Sittenanschauung, ebenso unberechtigt wie er wegen des zwischen Brautleuten üblichen häufigen Beisammenseins schwierig ist. Stintzing verlangt ihn dennoch; in durchaus logischer Folgerung aus der von ihm vertretenen Ansicht. Fuchs[1]) hingegen geht nicht soweit; er empfindet diese Art der Beweisverteilung ebenfalls als unrichtig, versucht aber dadurch um diese Klippe herumzukommen, daß er nicht den *Nachweis* unterbliebenen Beischlafs während der kritischen Zeit verlangt, sondern der *Behauptung* des Ehemanns, daß er mit Rücksicht auf die allzu kurze Dauer der Ehe unmöglich des Kindes Vater sein könne, die Wirkung beilegt, daß lediglich durch sie die Beweislast von ihm auf die Gegenpartei überspringt. Denn „daß er seiner Frau vor der Ehe nicht beigewohnt habe, braucht er nicht zu beweisen; die antizipierte Ausübung des Beischlafs ist ja die Ausnahme, welche natürlich derjenige zu beweisen hat, der sich auf sie beruft. Überdies würde die Überwälzung der

1) Fuchs S. 20.

Beweislast auf den Ehegatten die Präsumtion eines unsittlichen Verhaltens des Ehegatten involvieren". Während Fuchs hier bei der Beweisverteilung im Anfechtungsprozesse die Präsumtion eines unsittlichen Verhaltens für unziemlich und die sich daraus für den Ehemann ergebenden Beweisschwierigkeiten für unbillig hält, scheint ihm dieselbe Präsumtion bei der Statusbestimmung eines im dritten Ehemonate geborenen Kindes garnicht zu stören; denn er hält ein solches Kind ja trotz der antizipierten Beiwohnung für ehelich. Was berechtigt im Übrigen, die bloße Behauptung des Ehemannes, wegen der Kürze der Ehe könne er unmöglich des Kindes Erzeuger sein, zur Entkräftung der Vaterschaftsvermutung für ausreichend zu bezeichnen? Ersetzt ihm etwa auch hier eine Vermutung den Beweis, sodaß es nur der Behauptung bedürfte? Ich wüßte nicht, welche. Mit Behauptungen kann doch regelmäßig ein Beweis nicht erbracht werden, sondern mit Beweistatsachen. Das von Fuchs auf so krummen Wegen erreichte Ergebnis, daß nämlich für die Zeit vor der Ehe nicht dem Ehemann der Beweis der Nichtbeiwohnung, sondern dem Kinde oder — als dessen Vertreter — der Kindesmutter[1]) der Beweis des mit dem späteren Ehemanne vollzogenen Beischlafs obliegt, wird auf ganz natürliche Weise erreicht, wenn man der von mir verteidigten Ansicht folgt. Danach ist, wie ich zeigte, das im dritten Ehemonate geborene Kind wegen der vorehelichen Erzeugung erst durch die nachfolgende Ehe der Eltern legitimiert, vorher aber war es unehelich. Bei unehelichen Kindern fehlt es aber natürlich an jener für die Ehe sich aus deren Zweck und Wesen ergebenden Vermutung des dauernden Geschlechtsverkehres zwischen den Eltern, und

1) Im Folgenden nehme ich der Einfachheit halber als Vertreter des Kindes immer die Kindesmutter.

daher muß die uneheliche Kindesmutter, wie jede klagbegründende Tatsache, so auch den vollzogenen Beischlaf mit dem bestimmten Mann, den sie als Vater in Anspruch nimmt, beweisen. Ganz ebenso ist es auch bei dem obigen Kinde; denn auch hier kann von der Vermutung des dauernden Geschlechtsverkehrs keine Rede sein, da ja eine Ehe zwischen den Eltern zur Zeit des für die Geburt kausalen Geschlechtsverkehrs noch garnicht bestanden hat[1]). So fällt nach allgemeinen Grundsätzen in dem oben besprochenen Statusprozeß der Kindesmutter der Beweis dafür zu, daß ihr späterer Ehemann der Erzeuger des Kindes sei.

Umgekehrt wird wiederum die Beweislast für den Fall, daß der Ehemann seine Vaterschaft zu dem Kinde bereits vor Erhebung der Statusklage anerkannt hatte, wobei es gleichgültig ist, ob die Anerkennung ausdrücklich erfolgte, z. B. in einem Brief an die Kindesmutter, vor einem Notar oder durch Veranlassung der Eintragung des Kindes in das Geburtsregister auf seinen Vatersnamen, oder stillschweigend, indem der angebliche Vater mit der Ehelichkeit des Kindes einverstanden war, anstatt dagegen zu protestieren. Dernburg[2]) hält allerdings den Ehemann, der einmal die Ehelichkeit des in seiner Ehe geborenen Kindes anerkannt hat, zur nachträglichen Verleugnung nicht mehr für befugt, und verhilft dadurch wohl manchem Kinde, dessen angeblicher Vater die eheliche Geburt aus Leichtfertigkeit anerkannte, zu unverdienter Ehelichkeit.

Aus den römischen Quellen ist aber diese Auffassung nicht zu begründen. Bei dem Fehlen jeglicher näheren Bestimmungen hierüber muß man annehmen, daß, wenn auch

---

1) Ebenso Seuffert 31, 39.
2) Dernburg, Pand. S. 55.

im allgemeinen einer Anerkenntnis die Wirkung eines selbständigen Verpflichtungsgrundes beizulegen ist, es doch nicht die gleiche Wirkung haben kann in Bezug auf Rechtsverhältnisse, welche, wie die mit der ehelichen Verwandtschaft verbundenen Statusrechte, der freien Verfügung der Parteien entzogen sind. Die Anerkennung ist vielmehr nur ein — auch von dritten — widerlegbares Beweismittel dafür, daß der Ehemann schon vor Schließung der Ehe mit seiner späteren Ehefrau geschlechtlich verkehrt hat[1]). Im Falle nicht vorher erfolgter Anerkennung ist, wie gezeigt, in unserem Statusprozeß die Mutter beweispflichtig. Während sie eigentlich zum Beweise, daß ihr späterer Ehemann der Erzeuger des Kindes sei, den Nachweis erbringen müßte, daß der für die Geburt kausale Geschlechtsverkehr zwischen ihr und ihrem späteren Ehemann erfolgt sei, daß also

1. sie in der kritischen Zeit mit ihm überhaupt, und
2. ausschließlich mit ihm geschlechtlich verkehrt habe,

sieht das gemeine Recht aus Gründen der Gesetzgebungspolitik von dem Nachweis der Ausschließlichkeit ab, vermutet also auch bei außerehelicher Geschlechtsgemeinschaft ausschließlichen Geschlechtsverkehr zwischen Kindesmutter und angeblichem Vater für die Dauer der Empfängniszeit. So bleibt regelmäßig also für die Mutter nur der Nachweis, daß sie überhaupt in der kritischen Zeit mit ihrem späteren Ehemanne verkehrt habe. Gelingt dieser Nachweis, so ist das primär uneheliche Kind durch die nachfolgende Ehe der Eltern legitimiert.

Natürlich sind auch noch andere Wege denkbar, die

1) Gleicher Ansicht: Windscheid S. 218, Anm. und Entscheidungen bei Seuffert 13, 232; 21, 200; 22, 287 u. 288; 36, 174; 44, 195; 49, 255; 51, 35; RG. Band 22, 46; 31, 69. Dagegen Roth S. 284 und die neueren Gesetzgebungen.

zur Feststellung der Ehelichkeit eines primär als unehelich geltenden Kindes führen. Die vor dem 7. Ehemonate geborenen Kinder gelten als primär unehelich, also auch jenes, das am letzten Tage des 6. Ehemonats geboren ist. In einem solchen Falle kann die Frau durch den Beweis, daß das Kind eine Frühgeburt ist, — oder genauer, daß es weniger als 182 Tage im Mutterleib zugebracht hat, — dessen Ehelichkeit erlangen. Gelingt dieser aus der hochgradigen Unreife des Kindes zu erbringende sehr schwierige Beweis, so steht fest, daß das Kind in der Ehe erzeugt und daher ehelich geboren ist[1]).

Ebenso müßte auf Ehelichkeit des vor dem 7. Ehemonate geborenen Kindes zu erkennen sein, wenn die Ehefrau den Nachweis zu erbringen vermöchte, daß sie bei Abschluß der Ehe noch jungfräulich gewesen ist, da hier die Erzeugung unter allen Umständen in die Ehe fallen und das Kind daher eine Frühgeburt sein muß.

Bei den von der gemeinrechtlichen Auffassung abweichenden Bestimmungen des preußischen allgemeinen Landrechts regelt sich auch hier die Beweislast anders als dort. Als Grundsatz des allgemeinen Landrechts hatte ich festgestellt, daß alle nach Eingehung der Ehe geborenen Kinder ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Erzeugung, als eheliche gelten. Der die Ehelichkeit des Kindes anfechtende Ehemann muß daher beweisen, daß er während der Empfängniszeit seiner Ehefrau nicht beigewohnt habe, auch wenn diese Zeit ganz außerhalb der Ehe liegt[2]).

1) Die Zulassung dieses Beweises ist für das gemeine Recht allerdings bestritten. Fuchs (S. 38) und Stintzing (S. 435 ff.) sind, allerdings unter verschiedenartiger Verteilung der Beweislast, für Zulassung.

2) Vgl. Entsch. des preuß. geheim. Obertribunals vom 5. Sept. 1842.

Fuchs[1]) will auch hier in von seinem Standpunkt gleich unlogischer Weise wie bei der Beweisverteilung im gemeinen Recht lediglich den Hinweis auf die kurze Dauer der Ehe für ausreichend erachten, um die Beweislast vom Ehemann auf die Kindesmutter hinüberzuwälzen. Im allgemeinen Landrecht ist es indessen wegen der vom gemeinen Recht abweichenden Normierung der Vaterschaftsvermutung mit einem bloßen Hinweis auf das Nichtbestehen der Ehe zur Zeit der Erzeugung nicht getan, sondern es ist der volle Beweis der Nichtbeiwohnung während der auch vor der Ehe liegenden Empfängniszeit vom Ehemann zu verlangen.

Außer dem in dem Nichtbestehen der Ehe zur Zeit der wahrscheinlichen Erzeugung begründeten Beweis der Unehelichkeit des Kindes, der naturgemäß nur für innerhalb der ersten sechs Ehemonate geborene Kinder in Betracht kommt, kann die Unehelichkeit eines für ehelich geltenden Kindes auch noch auf andere Weise erwiesen werden. Man sollte denken, daß zu diesem Beweise alle die Tatsachen geeignet seien, die einen der beiden Pfeiler, auf denen die Vaterschaftsvermutung ruht, nämlich entweder den zwischen Ehegatten regelmäßig stattfindenden Geschlechtsverkehr oder die Ausschließlichkeit desselben, zertrümmern, da dann das ganze Gebäude der Vaterschaftsvermutung zusammenbrechen müßte. Bezüglich der Ausschließlichkeit des ehelichen Geschlechtsverkehrs trifft dies jedoch nicht zu. Die römischen Quellen sagen l. 11 § 9 D. 48, 5 ».... nam non utique crimen adulterii, quod mulieri obicitur, infanti praeiudicat cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse«. Daraus folgt, daß der Ehebruch der Ehefrau in der kritischen Zeit die Ehelichkeit des Kindes nicht

1) Fuchs S. 23.

beeinträchtigt, da dennoch die Möglichkeit, oder sogar die Wahrscheinlichkeit, daß trotz des Beischlafs mit dem Ehebrecher der Ehegatte doch der Vater des Kindes ist, bestehen bleibt. Der Nachweis, daß die Ehefrau während der kritischen Zeit auch mit anderen geschlechtlich verkehrt habe, ist somit zur Entkräftung der Ehelichkeitsvermutung nicht geeignet; vielmehr ist auch ein solches Kind, dessen Mutter während der Empfängniszeit Ehebruch trieb, ehelich. Das bringt uns zu der dritten hierher gehörigen Vermutung des römischen Rechts: Vollzieht eine Ehefrau während der Empfängniszeit mit verschiedenen Männern den Beischlaf, so wird der Geschlechtsverkehr mit ihrem Ehemann als für die Geburt des Kindes kausal erachtet.

Während also der Nachweis des Ehemannes, daß seine Frau nicht ausschließlich mit ihm verkehrt habe, als Gegenbeweis gegen die Ehelichkeitsvermutung nicht ausreicht, ist nun zu untersuchen, ob alle die Tatsachen, die die Vermutung des zwischen Ehegatten regelmäßig stattfindenden Geschlechtsverkehrs zu entkräften geeignet sind, die Ehelichkeitsvermutung auszuschließen vermögen.

Als einleuchtendste Tatsachen zum Beweise der nicht stattgehabten Beiwohnung ergeben sich Abwesenheit des Ehemannes von der Frau während der ganzen Empfängniszeit und Zeugungsunfähigkeit des Mannes. Hier ist es unzweifelhaft, daß der Ehemann nicht der Vater des Kindes sein kann. Diese beiden Fälle werden in den Quellen besonders genannt. L. 6. D. de his qui sui 1, 6 Ulpianus libro nono ad Sabinum: Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus afuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua: placet nobis Juliani sententia hunc nones se mariti filium. Non tamen feren-

dum Julianus ait, eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit: hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse«.

In dieser Bestimmung wird zunächst gesagt, daß ein Ehemann, der nach mehrjähriger Abwesenheit bei seiner Rückkehr ein während dieser Zeit geborenes Kind vorfindet, dieses nicht als sein eheliches Kind gelten zu lassen brauche. Jedoch sei es nicht angängig, daß ein Ehemann, der dauernd mit seiner Frau zusammen gelebt hat, das von ihr geborene Kind nicht als das seinige anerkenne. Aber auch im Falle dauernder Lebensgemeinschaft könne die Ehelichkeit eines in der Ehe geborenen Kindes bestritten werden, wenn feststehe, daß der Ehemann wegen seines geschlechtlichen Unvermögens oder aus irgend einem anderen Grunde seiner Frau nicht beigewohnt habe, oder weil er wegen seines schlechten Gesundheitszustandes zeugungsunfähig gewesen sei.

Diese Digestenstelle hat in Theorie und Praxis die verschiedenste Auslegung erfahren. Manche Autoren und Gerichtshöfe leiten aus der Hervorhebung der Abwesenheit und Impotenz als Entkräftungsgründe der Vaterschaftsvermutung ab, daß der Gegenbeweis gegen die Vermutung nur durch den Nachweis der physischen Unmöglichkeit zu führen sei. Zu diesem Beweise halten wiederum einige den Nachweis der Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann, andere sogar den der Unmöglichkeit des Beischlafs mit dem Ehemann für erforderlich. Andere lehren, daß der Beweis der Unterlassung der Beiwohnung, der entweder auf die

Beiwohnungsunmöglichkeit oder aber auch auf irgend welche anderen die Beischlafsunterlassung beweisenden Tatsachen zu stützen ist, ausreichend sei [1]). Noch andere verlangen ebenfalls den Nachweis der Nichtbeiwohnung, halten aber diesen Nichtbeiwohnungsnachweis ganz ausschließlich zur Entkräftung der Vaterschaftsvermutung für geeignet, schließen also sogar den in den Quellen anerkannten Beweis der Zeugungsunfähigkeit aus. Tatsächlich ist auch die Rechtsprechung der höheren Gerichte in dieser Beziehung stets außerordentlich schwankend gewesen, und so finden wir bei Engelmann [2]) über die Auslegung dieser einen Digestenstelle sechs verschiedene Ansichten aufgeführt, die sämtlich mit einer Anzahl oberstgerichtlicher Entscheidungen belegt sind. Sie alle einzeln einer eingehenden Prüfung und Kritik zu unterziehen, würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Es sollen deshalb nur die zur Entscheidung dieser Fragen meines Erachtens wichtigsten Grundsätze festgelegt werden.

Es wurde schon mehrfach betont, daß die Grundlage der Vaterschaftsvermutung in der durch die eheliche Gemeinschaft begründeten Wahrscheinlichkeit des Geschlechtsverkehrs zwischen den Ehegatten zu finden ist, daß ferner diese Vermutung durch den Wahrheitsbeweis des Gegenteils der vermuteten Tatsache ihren Todesstoß erhält (Praesumtio cedit veritati). Der Ehemann, der die Unehelichkeit des für ehelich geltenden Kindes festgestellt haben will, muß also die Vaterschaftsvermutung widerlegen. Es ist unrichtig, wie manche denken, daß in der Aufführung der

1) Vgl. die sehr ausführliche Entscheidung des OLG. Braunschweig v. 23. IX. 82, abgedr. bei Seuffert 38, 205.

2) Engelmann S. 33 ff. und die sehr zahlreichen Belege; ebenso Fuchs S. 44 ff. nebst Literaturangabe.

Abwesenheit und Impotenz eine restlose Aufzählung sämtlicher zum Gegenbeweis gegen die Vaterschaftsvermutung geeigneten Tatsachen enthalten sei. Der Gedankengang sowie die Nebeneinanderstellung dieser Tatsachen und ihre Verbindung durch das Wörtchen »vel« lassen mit Sicherheit erkennen, daß Ulpian an jener Stelle nicht etwa eine erschöpfende Darstellung sämtlicher für den Gegenbeweis verwendbaren Tatsachen geben wollte. Es sollten vielmehr zur Erhöhung der Anschaulichkeit nur einige Beispiele genannt werden, die beliebig zu vermehren sind. Was sollten sonst auch die Worte »vel alia causa«? Abgesehen hiervon sind sowohl „Zeugungsunfähigkeit" wie „Abwesenheit" ganz unbestimmte Ausdrücke, die, wenn nur sie den angeblichen Vater zur Geltendmachung seines wichtigen Anfechtungsrechtes zur Verfügung ständen, in der Quellenstelle sicherlich eine nähere Erläuterung erfahren hätten. Denn ob schon Abwesenheit vorliegt, wenn die Eheleute nicht in ehelicher Gemeinschaft, sondern etwa in verschiedenen Häusern desselben Dorfes wohnen, oder ob eine weitere Entfernnng nötig ist, und welche, läßt sich aus der obigen Stelle nicht erkennen. Der Versuch, aus anderen Bestimmungen der Digesten eine bestimmte Bedeutung des Wortes absentia herzuleiten, führt nur zu neuen Zweifeln, da dieser Ausdruck in den Quellen in dem verschiedensten Sinne, auch oft willkürlich gebraucht wird. So gilt bei den Römern als nicht „abwesend", wer in Kriegsgefangenschaft ist, während der von Räubern Festgehaltene „abwesend" ist[1]). Ebenso ist fraglich, ob die neben der Abwesenheit angeführte Zeugungsunfähigkeit lediglich impotentia generandi bedeutet, oder auch die im-

1) Vgl. L. 199 § 1 D. 50, 16; ferner L. 1. pr. D. 45, 1; L. 4, § 5 D. 39, 2; L. 32 D. 4, 6.

potentia coeundi mit umfaßt. Beides fällt nicht etwa stets zusammen. Bekanntlich kann Zeugungsunfähigkeit vorhanden sein, ohne daß die Fähigkeit zum Beischlafe aufgehoben wird, anderseits kann trotz vorliegender Zeugungsfähigkeit die Fähigkeit zur Beischlafsausübung fehlen. Alle diese Ungenauigkeiten und Zweifel sprechen dagegen, daß Abwesenheit und Zeugungsunfähigkeit ausschließlich zur Widerlegung der Vaterschaftsvermutung geeignet sind.

Auch ist nicht recht ersichtlich, wie man aus der Pandektenstelle herauslesen kann, daß der Nachweis der Unmöglichkeit der Beiwohnung zu erbringen sei. Diese Auffassung läßt sich wohl dadurch erklären, daß die als Beispiele angeführte Abwesenheit und Zeugungsunfähigkeit die Beiwohnung regelmäßig unmöglich machen, und daß man deshalb die Unmöglichkeit für das Wesentliche und Typische hielt und daher ihren Nachweis ganz allgemein zur Entkräftung der Ehelichkeitsvermutung verlangte.

Meines Erachtens sind alle die Ansichten, die den Gegenbeweis, sei es auf bestimmte Tatsachen wie Abwesenheit und Zeugungsunfähigkeit, sei es auf den Nachweis der Unmöglichkeit oder sonstwie beschränken, weder in den Quellen noch durch sonstige stichhaltige Erwägungen begründet. Bei der Feststellung der zum Gegenbeweis geeigneten Tatsachen müssen vielmehr alle zur Widerlegung der Vaterschaftsvermutung möglichen Wege[1]) für statthaft erachtet werden. Der Gegenbeweis muß daher entweder darauf gerichtet sein, daß der Beischlaf zwischen den Eheleuten in der kritischen Zeit nicht vollzogen worden, oder darauf, daß der vollzogene Beischlaf für die Geburt des

1) Seuffert 1, 162: „Die Entkräftung der Vaterschaftsvermutung kann auch aus dem Zusammenflusse von Umständen entnommen werden".

Kindes nicht kausal gewesen ist. Daß für den letzteren Fall die Nichtkausalität der Kindesgeburt nicht auf ehebrecherischen Geschlechtsverkehr der Ehefrau während der Empfängniszeit gestützt werden kann, habe ich mit der Begründung, daß trotzdem doch das Kind aus einem Geschlechtsverkehr der Mutter mit ihrem Ehemann herrühren kann, nachgewiesen. Wohl aber sind Fälle anderer Art denkbar, aus denen mit absoluter Sicherheit hervorgeht, daß der Beischlaf zwischen den Ehegatten für die Geburt des Kindes nicht kausal sein konnte, so z. B. der Fall, daß die Ehefrau bei Eingehung der Ehe aufnahmeunfähig, insbesondere bereits schwanger war [1]), ferner der Fall der Rassenverschiedenheit, wenn also beispielsweise in der Ehe zweier der weißen Rasse angehörigen Eheleute ein Negerkind geboren wird.

Der Nachweis dieser Tatsachen, über deren Zulässigkeit als Gegenbeweismittel lebhafter Streit herrscht, ist sehr schwierig. Leichter läßt sich wohl der Nachweis erbringen, daß in der kritischen Zeit die Ehegatten den Beischlaf nicht vollzogen haben. Auch hier erweist sich jedwede Beschränkung der Gegenbeweistatsachen als unangebracht. Es ist nicht nur Abwesenheit und Zeugungsunfähigkeit, sondern schon der Beweis unterbliebener Beiwohnung zur Anfechtung ausreichend [2]). Oder sollte etwa ein kränklicher Ehemann, der aus Gesundheitsrücksichten sich während der ganzen Dauer der Empfängniszeit des ehelichen Beischlafs enthalten

1) Gegen Zulassung des Gegenbeweises aus Schwangerschaft zur Zeit des Eheabschlusses u. a. Regelsberger S. 277: Die Zulassung dieses Beweises würde nur eine Quelle von sittlichem Ärgernis und eine Gefahr für die Ehre der Ehefrauen sein, ohne bei der Schwierigkeit des Beweises in der Mehrzahl der Fälle zu einem günstigen Ergebnis zu führen".

2) Vgl. hierüber die sehr eingehenden Entscheidungen bei Seuffert 19, 9; 20, 198; 54, 1.

hat, zur Anfechtung der Ehelichkeit des von einem Dritten mit seiner Ehefrau erzeugten Kindes nicht in der Lage sein, weil er nicht zeugungsunfähig ist und auch sonst wegen der dauernden Hausgemeinschaft mit seiner Frau die Unmöglichkeit des Beischlafs nicht nachzuweisen vermag? So könnte die Ehefrau von allen möglichen Männern Kinder empfangen und zur Welt bringen, die der Ehemann sich alle als die Seinigen gefallen lassen müßte, es sei denn, daß er sich vorher scheiden ließe. Auch könnte ein Mann, der beispielsweise wegen einer Augenerkrankung in einem großen Saal einer Augenklinik liegt, wo er jede Woche von seiner Frau besucht wird, den Nachweis der physischen Unmöglichkeit der Beiwohnung nicht erbringen. Er müßte vielmehr, trotzdem wegen der Aufsicht und der übrigen andauernd anwesenden Patienten ein Geschlechtsverkehr mit seiner Frau aus Schicklichkeitsgründen völlig ausgeschlossen war, das in dieser Zeit außerehelich von seiner Frau empfangene Kind als sein eheliches gelten lassen. Diese Beispiele dürften zur Genüge dartun, daß die Ansicht, die den Nachweis der Unmöglichkeit des Beischlafs verlangt, völlig zu verwerfen ist.

Oft kehrt gegen die Ansicht, daß schon der Beweis der Nichtbeiwohnung während der kritischen Zeit zur Entkräftung der Vaterschaftsvermutung genüge, der Einwand wieder, es solle nach Sinn und Zweck der Vaterschaftsvermutung ein Eindringen in die intimen ehelichen Verhältnisse durch die Feststellung von stattgehabtem oder unterbliebenem Geschlechtsverkehr vermieden werden. Eine solche Beweiserhebung sei mit der Heiligkeit der Ehe unvereinbar, stelle auch den sonst sicheren Status ehelicher Kinder in Zweifel.

Darauf ist zu entgegnen: Auch sonst, besonders in Ehescheidungsprozessen, ist eine Erörterung selbst der peinlichsten ehelichen Verhältnisse vor Gericht oft nicht zu vermeiden.

Aber auch im Statusprozesse ist es bisweilen unumgänglich, doch die Frage zu untersuchen, ob zwischen den Ehegatten Geschlechtsverkehr stattgefunden hat. Gebiert beispielsweise eine Ehefrau ein Kind, das sie zu der Zeit empfangen haben muß, in der ihr Ehemann eine längere Freiheitsstrafe abbüßte, so ist auf Antrag des sich hierauf berufenden Ehemannes die Unehelichkeit des Kindes festzustellen. Behauptet nun aber die Mutter, sie habe bei einem Besuch im Gefängnis, sei es nach vorheriger Bestechung, sei es durch Unachtsamkeit des Gefängniswärters, mit ihrem Ehemann den Beischlaf vollzogen, so muß die Ehefrau zu dem die Ehelichkeit des Kindes begründenden Beweise, der nun doch das Stattfinden des Geschlechtsverkehrs zum Thema hat, zugelassen werden. Ferner ist der Beruf auf die Heiligkeit der Ehe und die Sittlichkeit dort nicht angebracht, wo, wie im obigen Falle, gerade weil der Gegenbeweis aus dem Nachweise der Nichtbeiwohnung nicht als ausreichend angesehen wurde, die Ehefrau des kränklichen Mannes fortgesetzt Kinder aus dem Verkehr mit beliebigen Männern als unanfechtbar eheliche in die Welt setzen kann. Endlich ist auf den Vorwurf, die sichere eheliche Geburt werde in Zweifel gesetzt, zu erwidern, daß ein Urteil, welches nach Feststellung der Nichtbeiwohnung die Unehelichkeit feststellt, nicht Unsicherheit schafft, sondern im Gegenteil über die zweifelhaften oder gar falschen Standesverhältnisse des Kindes Klarheit bringt.

Zur Entkräftung der Ehelichkeitsvermutung der in der Ehe geborenen Kinder ist daher geeignet

1. der Nachweis, daß in der Empfängniszeit eine Ehe zwischen den Eltern des Kindes noch nicht bestanden hat,
2. der Nachweis, daß in der Empfängniszeit zwischen den Ehegatten kein Geschlechtsverkehr stattgefunden hat,

3. der Nachweis, daß das Kind aus dem innerhalb der Empfängniszeit zwischen den Ehegatten gepflogenen Geschlechtsverkehr nicht herrühren könne.

Für die dem römischen Recht nachgebildeten Bestimmungen des preußischen allgemeinen Landrechts gelten naturgemäß die oben entwickelten Grundsätze in gleichem Maße [1]) mit Ausschluß des unter 1. aufgeführten Nachweises, da ja im allgemeinen Landrecht kraft positiver Bestimmungen alle in der Ehe geborenen Kinder ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Erzeugung als ehelich gelten. Im Übrigen herrscht Übereinstimmung. Die auch hier wesentlichste Streitfrage, ob als Gegenbeweis gegen die Ehelichkeitsvermutung der Beweis der Unmöglichkeit der Beiwohnung erforderlich sei, oder ob schon der Beweis der Nichtbeiwohnung ausreiche, entscheidet ein Plenarbeschluß des preußischen geheimen Obertribunals vom 5. September 1842 [2]) im Sinne der oben von mir vertretenen Ansicht: „Der Ehemann, welcher die Legitimität eines von seiner Frau geborenen Kindes anfechten will, ist auf den Beweis der Zeugungsunfähigkeit oder der Abwesenheit nicht beschränkt, ihm ist vielmehr gestattet, auch auf andere Weise überzeugend nachzuweisen, daß er seiner Ehefrau während der Empfängniszeit nicht beigewohnt habe".

1) Vgl. Dernburg, Privatrecht S. 147, Note 16.
2) Vgl. OTE. 8, 73 ff.

Die Rechtslage nach heutigem bürgerlichen Recht.

§ 5.

Die meisten Gegensätze zwischen den beiden Rechtssystemen des römischen und des preußischen Rechts sowie die zahlreichen in jedem von beiden aufgetauchten Streitfragen beseitigt das bürgerliche Gesetzbuch durch positive unzweideutige Normierung. Die in den §§ 1591—1599 festgelegten Bestimmungen folgen in der Hauptsache den Anschauungen des Allgemeinen Landrechts. So ist die eingangs besprochene Frage, wie es mit dem Familienstand der vorehelich von dem späteren Ehegatten erzeugten, in der Ehe geborenen Kinder, stehe, im Sinne des preußischen Rechts entschieden. „Ein Kind, das nach der Eingehung der Ehe geboren wird, ist ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat" § 1591 I, 1 BGB. Danach kommt es im heutigen Recht darauf, ob zwischen den Eltern zur Zeit, als sie den befruchtenden Beischlaf vollzogen, bereits eine Ehe bestand, garnicht an. Lediglich die Beiwohnung des Mannes in der kritischen Zeit und die Geburt des Kindes in der Ehe, sei es auch 3 Tage nach der Hochzeit, begründen des Kindes Ehelichkeit. Der Grundgedanke und Hauptzweck dieser Bestimmung ist, Eheschließung und Ehelichkeit zu fördern.

Das Gesetz hofft, durch diese Vorschrift manchen, der ein Kind außerehelich erzeugt hatte, zu bestimmen, noch vor der Geburt des Kindes die Mutter zu heiraten, um dadurch dem Kinde eine eheliche Geburt zu verschaffen [1]). Dieses Kind ist dann nicht etwa, wie in Rom, durch die nachfolgende Ehe der Eltern ehelich geworden, auch „gilt" es nicht für ehelich, sondern es „ist" ein eheliches Kind.

Der § 1591 I, 1 enthält aber noch eine weitere sehr wichtige Bestimmung. Nach allgemeinen Grundsätzen müßte, wie eingangs ausgeführt, der Ehemann, der die Ehelichkeit seines in der Ehe geborenen Kindes behauptet, seine Vaterschaft zu dem Kinde beweisen, also den Nachweis erbringen, daß das Kind aus einem zwischen ihm und seiner Ehefrau vollzogenen Beischlafe herrührt. Um aber dem Ehemann, der doch regelmäßig der Vater der in seiner Ehe geborenen Kinder sei, nicht jedesmal diesen außerordentlich schwierigen Beweis aufzuerlegen, hätten die meisten Rechtssysteme Beweiserleichterungen in Form von Rechtsvermutungen geschaffen.

Eine solche Vermutung ist auch in der obigen Vorschrift enthalten. Zum Beweise der Abstammung vom Ehemanne verlangt sie nur, daß er der Ehefrau in der Empfängniszeit beigewohnt habe. Indem die Bestimmung diesen Beweis zum Nachweise der Abstammung des Kindes vom

1) Ebenso Motive S. 647: „Von natürlichem und sittlichem Standpunkte aus mag der Unterschied zwischen Erzeugung des Kindes vor und während der Ehe gerechtfertigt sein; vom gesetzgeberischen Standpunkt aus dagegen empfiehlt derselbe sich nicht. Die Gleichstellung trägt dazu bei, die Eheschließungen, und zwar bald nach dem Fehltritte der Eltern, zu befördern und so die Zahl der unehelichen Kinder zu vermindern; sie vereinfacht das Recht und schützt zugleich den Ruf der Eltern, wie des Kindes, die Ruhe und den Frieden der Familie, indem sie jede Untersuchung darüber, ob das Kind vor oder nach Schließung der Ehe erzeugt ist, entbehrlich macht".

Manne für ausreichend erachtet, scheidet sie jede sonst mögliche Ursache der Kindesgeburt, insbesondere jeden Geschlechtsverkehr der Ehefrau mit anderen Männern, aus, vermutet also, daß die Frau während der Empfängniszeit ausschließlich mit ihrem Ehemanne verkehrt hat. Diese Vermutung gilt, da ihr das Gesetz zeitliche Schranken nicht gegeben hat, für die ganze Empfängniszeit. Es ist also vollkommen gleichgültig, ob die kritische Zeit ganz in die Ehe, oder teils in, teils vor die Ehe, oder völlig vor die Ehe fällt. Stets, also auch bei vorehelichem Geschlechtsverkehr mit seiner späteren Ehefrau, liegt dem Manne der Beweis dafür ob, daß das Kind aus diesem Beischlafe nicht entstamme. Er wird immer als Erzeuger des Kindes erachtet, wenn er nur überhaupt der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Daraus ergibt sich die Ehelichkeit des Kindes. Diese Ehelichkeitsvermutung zu entkräften, ist nur auf eine Weise möglich. Voraussetzung ist, daß die Ehegatten miteinander geschlechtlich verkehrt haben. Ist es nun aber aus irgend welchen Gründen vollkommen ausgeschlossen, daß trotz des stattgehabten Beischlafs das Kind aus diesem Verkehr herrührt, so ist mit diesem Nachweise die Ehelichkeitsvermutung zu Falle gebracht. „Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat", § 1591 I, 2 BGB. Der erste Entwurf [1]) des bürgerlichen Gesetzbuchs ließ für diesen Fall, in dem der Ehemann seiner Frau innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt hatte, einen Gegenbeweis gegen die Ehelichkeitsvermutung überhaupt nicht zu. Hier war die Vermutung also eine praesumtio juris et de jure [2]), eine Rechtsver-

1) Vgl. Motive S. 654.

2) Nicht, wie die Motive ungenau sagen, eine Fiktion.

mutung, gegen die ein Gegenbeweis nicht angängig war. Darnach konnte der Ehemann, wenn er in der kritischen Zeit seiner Frau beigewohnt hatte, auf keine Weise die auf Grund des Beischlafs vermutete Abstammung des Kindes aus dieser Beiwohnung beseitigen, selbst nicht, wenn er z. B. nachweisen konnte, daß seine Frau zur Zeit seines Geschlechtsverkehrs mit ihr bereits seit 3 Monaten von einem andern Manne schwanger war. Die 2. Kommission, die den Entwurf beriet, hat die gegen diese Regelung erhobenen Bedenken dadurch beseitigt, daß sie zur Vernichtung der Ehelichkeitsvermutung jeden Beweis für zulässig erklärte, durch den dargetan werden kann, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat[1]). Die Kommission führte zur Begründung dieser Änderung aus: Es seien zahlreiche Fälle denkbar, in denen trotz der Beiwohnung des Ehemannes in der Empfängniszeit das Kind doch nicht vom Ehemanne empfangen sein könne, so in dem Fall, daß das Kind von anderer Rasse sei als der Mann und namentlich in dem, daß die Schwangerschaft bereits vor der Beiwohnung des Mannes vorgelegen habe. Die auf die Beiwohnung des Ehemannes gestützte Ehelichkeitsvermutung widerspreche in diesen Fällen der Wahrheit, indem sie dem Ehemanne gegen seinen Willen Kinder als ehelich zuspräche, die garnicht von ihm herstammen könnten. Das aber sei gegen den Mann allzu ungerecht, deshalb müsse in derartigen Fällen, wo die Unmöglichkeit der Erzeugung trotz Beiwohnung bewiesen werden könne, die Ehelichkeitsvermutung entfallen. Die hiergegen vorgebrachten Einwendungen, daß bei diesen Vorschriften eine feste Regel durchaus nötig sei, um die Ruhe

1) Vgl. Protokolle S. 463.

der Familie zu sichern und skandalöse Prozesse abzuschneiden, ferner die Schwierigkeit und Unsicherheit des Beweises, und schließlich die Fremdheit derartiger Bestimmungen bezüglich des geltenden Rechtes, seien allerdings berechtigt, aber bei Erwägung aller Umstände könnten sie doch zur Abstandnahme von einer natürlichen durch die Gerechtigkeit gebotenen Bestimmung nicht veranlassen.

Diese Ansicht, die, wie gezeigt, auch Gesetz geworden ist, ist durchaus zu billigen. Gegen das Erfordernis „offenbarer Unmöglichkeit" der Erzeugung durch den Ehemann mag die Zweifelhaftigkeit der Bedeutung des Ausdrucks sprechen. Wenn man aber an die Fälle denkt, die zur Aufnahme der Bestimmung in das Gesetz Veranlassung gegeben haben, und an den Zweck, damit klarliegende oder sicher zu erweisende Unrichtigkeiten, aber auch nur solche, zu beseitigen, so bedeuten die obigen Worte etwa: der Richter soll die vorgeführten Beweise auf ihre Schlüssigkeit besonders streng und gewissenhaft prüfen und die Unehelichkeit des Kindes erst dann als bewiesen annehmen, wenn auch die entfernteste Möglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann ausgeschlossen ist[1]). Darnach ist der Beweis offenbarer Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann jedenfalls dann als dargetan zu erachten, wenn die Frau zur Zeit der Beiwohnung bereits schwanger[2]) war, wenn das Kind zu einer anderen Rasse gehört, als es aus einer Verbindung des Ehemannes mit der Mutter überhaupt möglich ist, wenn ferner der Ehemann während der ganzen Dauer der Empfängniszeit sich unbedingt sicherer, die Konzeption verhindernder Mittel bedient hat. Auch aus dem Reifegrade des

1) Vgl. Staudinger Bd. IV, S. 746.

2) Der Nachweis ausgebliebener Menstruation beweist die Schwangerschaft noch nicht.

Kindes kann dieser Beweis erbracht werden[1]). Die gesetzliche Empfängniszeit dauert, abweichend vom alten Recht, gemäß dem fortgeschrittenen Stand der medizinischen Wissenschaft vom 181. bis 302. Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, und zwar sind beide Tage mitzurechnen[2]). Gebiert nun die Frau am 181. Tage, also rund 6 Monate nach dem Beischlafe mit ihrem Ehemanne ein vollausgewachsenes schweres Kind, so ist offenbar unmöglich, daß die Frau das Kind von ihrem Ehemanne empfangen hat. Das Kind ist daher nach heutigem Rechte gemäß § 1591 I, 2 nicht ehelich. Allerdings gehen bezüglich der Zulässigkeit dieses Gegenbeweises heute die Ansichten immer noch auseinander[3]). Nicht ausreichend ist dagegen zum Beweise offenbarer Unmöglichkeit der Abstammung vom Ehemanne der Nachweis aus Gesichtsähnlichkeit mit einem andern, da dieser sehr unsicher ist. Ein mißtrauischer Ehemann würde also mit dem Vorbringen, das von seiner Ehefrau geborene Kind habe eine auffallende Ähnlichkeit mit einem Hausfreunde, im Anfechtungsprozeß nicht zu hören sein. Ebenfalls ist der Beweis des Ehebruchs der Mutter zur Zeit der Empfängniszeit nicht geeignet, die Unehelichkeit zu begründen. Dieses ergibt sich wiederum aus § 1591 I, 1.

1) Im römischen Recht ist dieser Nachweis wegen L. 12 D. 1, 5 unzulässig, vgl. RGE. 12, 166; a. A. Fuchs S. 66 ff. ausführlich über diese Streitfrage des römischen Rechts Stobbe S. 314, vgl. auch Seuffert 21, 8.

2) § 1592 I. BGB.: „Als Empfängniszeit gilt die Zeit von dem 181. bis zu dem 302. Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluß sowohl des 181. als des 302. Tages".

3) Obiger Ansicht: Planck S. 344, Dernburg, Bürgerliches Recht S. 218, Cosack S. 85, Crome S. 467, Anm. 45, Enneccerus-Kipp-Wolff S. 278 ff., Lang S. 483, Fischer-Henle S. 1001, Nr. 4, JW. 33. 236, Seuffert 65, 170, dagegen Endemann S. 526, Nr. 26, Matthias S. 620, u. a.

Daß in dieser Bestimmung zur Ehelichkeit des Kindes lediglich die ehemännliche Beiwohnung während der Empfängniszeit erfordert ist, beweist, daß einer dieser ehemännlichen Beischlafsakte als für die Geburt des Kindes für kausal angenommen wird, während andere — ehebrecherische — Beischlafsakte der Frau während der Empfängniszeit nicht in Betracht kommen; auch nicht voreheliche mit anderen Männern als ihrem späteren Ehemanne, da auch diese Vermutung der Kausalität des Geschlechtsverkehrs zwischen — wenn auch späteren — Ehegatten keinerlei beschränkenden Bestimmungen unterliegt und daher zeitlich unbegrenzt gilt.

Erbringt somit der Beweis offenbarer Unmöglichkeit der Empfängnis vom Ehemanne den Gegenbeweis gegen die Ehelichkeitsvermutung für den Fall wirklich vollzogenen Beischlafs zwischen den Eheleuten, so muß — a majore ad minus — der gleiche Beweis für den Fall garnicht stattgehabten Geschlechtsverkehrs zur Entkräftung der Ehelichkeitsvermutung doch auch ausreichen. Daher entfällt die Ehelichkeit des Kindes auch durch den Nachweis, daß es wegen Zeugungsunfähigkeit oder Abwesenheit des Ehemannes während der Empfängniszeit offenbar unmöglich sei, daß die Frau das Kind von ihrem Ehemanne empfangen habe. In diesen beiden Fällen der Zeugungsunfähigkeit und Abwesenheit des Ehemannes, sowie überhaupt in den Fällen, in denen eine Beiwohnung nicht stattgefunden hat, gibt es aber einen andern Weg, der regelmäßig, wenn auch nicht stets, leichter und schneller zum gleichen Ziele, zur Feststellung der Unehelichkeit des Kindes führt. Hier ist nicht die offenbare Unmöglichkeit der Erzeugung oder auch nur der Beiwohnung durch den Ehemann, sondern lediglich das Unterbleiben des zwischen Ehegatten regelmäßig stattfindenden und daher vermuteten Beischlafes innerhalb der

Empfängniszeit zu erweisen. Damit kommen wir zu der dritten hierher gehörigen Präsumtion, der Vermutung der Beiwohnung des Ehemannes, die sich im § 1591 II. BGB. wiederfindet. „Es wird vermutet, daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe". Diese Vermutung gilt unbegrenzt, soweit die Empfängniszeit in die Ehe fällt. Liegt aber die Empfängniszeit völlig oder zum Teil vor der Ehe, und ficht der Ehemann die Ehelichkeit an, so fällt die Beischlafsvermutung fort, und der bis dahin vermutete Geschlechtsverkehr muß nunmehr von dem, der ihn behauptet, bewiesen werden [1]). Ist aber der Mann ohne Anfechtung gestorben, so gilt die bis dahin durch das Unterbleiben der Ehelichkeitsanfechtung resolutiv bedingte Vermutung nunmehr unbedingt [2]). Ficht also der Ehemann die Ehelichkeit eines vor der Ehe erzeugten Kindes an, so muß die Gegenpartei den vorehelichen Beischlaf des Ehemannes mit der Kindesmutter beweisen, sie braucht aber nicht, wie oben ausgeführt, die Ausschließlichkeit des Geschlechtsverkehrs seitens der Frau darzutun; diese wird vielmehr präsumiert. Im Vergleich des römischen Rechts mit dem Allgemeinen Landrecht nimmt somit das bürgerliche Recht genau die Mittelstellung ein.

So finden sich die drei schon dem römischen Rechte bekannten Präsumtionen im heutigen Recht in unveränderter Form wieder: die Präsumtionen des ehelichen Geschlechtsverkehrs sowie der Ausschließlichkeit desselben auf Seiten der Frau, die der Erleichterung des Beweises der ehelichen Vaterschaft dienen, und die Vermutung der Kausalität des ehelichen Geschlechtsverkehrs, die den Beweis der Unehelich-

1) Vgl. BGB. § 1591 II, 2.
2) Vgl. Motive S. 650.

keit eines jenen beiden Vermutungen zufolge als ehelich erscheinenden Kindes erschwert[1]).

An dieser Stelle ist noch auf einen Punkt hinzuweisen, der in der Literatur noch keinerlei Beachtung gefunden hat. Der zweite Satz des oben besprochenen § 1591 I. lautet: das Kind „ist nicht ehelich", wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat. Darnach müßten alle die Kinder, deren Abstammung vom Manne mit Hilfe der oben dargelegten Tatsachen (Schwangerschaft zur Zeit der Beiwohnung, Rassenverschiedenheit, Unreife usw., wie später gezeigt, auch Zeugungsunfähigkeit und Abwesenheit des Mannes) als offenbar unmöglich erwiesen ist, nicht ehelich, also unehelich sein. Eine Anfechtung wäre in diesem Falle nicht nur nicht mehr nötig, da bereits Unehelichkeit vorliegt, sondern auch garnicht angängig, weil doch nur die Ehelichkeit angefochten werden kann. Die Entscheidung der hiernach den Status des Kindes bestimmenden Frage, ob nämlich die Abstammung des Kindes vom Manne offenbar unmöglich ist oder nicht, läge darnach in der Hand des Standesbeamten. Allerdings hätte er hier nicht lange zu prüfen. Er brauchte und dürfte das Kind nur immer als eheliches eintragen; denn nach der später noch eingehend zu besprechenden Bestimmung des § 1593 BGB. darf die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe geboren ist, nur geltend gemacht werden, wenn der Ehemann die Ehelichkeit angefochten hat. Eine Ehelichkeit des Kindes hat ja aber niemals bestanden, könnte also auch nie angefochten, die Unehelichkeit also auch nie geltend gemacht werden. Die Vorschrift würde also letzten Endes den Ehemann in

1) Vgl. Staudinger S. 741.

der Ausübung seines Anfechtungsrechtes noch beschränken. Die Absicht der Gesetzgeber bei der Aufnahme dieser Bestimmung in dem ersten Entwurf ging aber gerade, wie aus den Protokollen ersichtlich ist, dahin, aus Billigkeitsgründen gegenüber dem Ehemann „die Möglichkeit des Gegenbeweises zu erweitern“ [1]). Es sollte also für den Fall, daß die Abstammung des Kindes vom Ehemann offenbar unmöglich ist, dieses Kind nicht etwa als ein uneheliches geboren werden, sondern ein weiteres Gegenbeweismittel gegen die „Ehelichkeit“ sollte geschaffen werden; und das will die Vorschrift auch besagen. Der ungenaue Ausdruck wäre leicht zu korrigieren durch Vertauschung des Wörtchens „ist“ mit „bleibt“. Das Kind bleibt nicht ehelich, wenn usw. Diese Fassung zeigt auf den ersten Blick, daß auch in diesen Fällen das Kind als eheliches geboren wird.

Auf Grund der besprochenen Präsumtionen ist also nach heutigem Recht jedes in gültiger Ehe geborene Kind ehelich.

Für unser Kriegskind ist also die Rechtslage die folgende: Es ist nach Eingehung der Ehe seiner Mutter geboren und, weil die Frau es während der Ehe empfangen hat, ist es ehelich, wenn der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat, § 1591 I, 1. Das hat er, da er seit 2 Jahren im Kriege ist, natürlich nicht getan; aber, weil er ein Ehemann ist, wird vermutet, daß er der Frau beigewohnt habe, § 1591 II, 1. So ergibt sich für unser Kriegskind, dessen Mutter ihren Ehemann seit mehr als 20 Monaten nicht gesehen hat, daß es als eheliches Kind auf die Welt kommt.

Die Ehelichkeit unseres Kriegskindes beruht in letzter Linie darauf, daß für den Ehemann, auch für den ab-

1) Protokolle S. 463 III.

wesenden, die eheliche Beiwohnung vermutet wird. Gegen diese Vermutung ist, wie auch gegen die beiden andern, der Gegenbeweis möglich. Von dem angeblichen Vater des Kriegskindes kann unter Berufung auf seine zweijährige, urlaubslose Dienstzeit dieser Gegenbeweis mit Leichtigkeit erbracht werden. Er braucht sich also die Ehelichkeit des von seiner Frau geborenen Kindes nicht gefallen zu lassen, vielmehr kann er im Wege des Prozesses die Feststellung der Unehelichkeit des Kindes verlangen, indem er nachweist, daß er seiner Ehefrau während der Empfängniszeit unmöglich beiwohnen konnte, oder auch nur nicht beigewohnt hat. Der Nachweis der einen wie der anderen Tatsache hat die Unehelichkeit des Kindes zur Folge.

§ 6.

Die Erbringung des Gegenbeweises gegen die Ehelichkeitsvermutung des Kindes erfolgt regelmäßig in dem durch die Anfechtungserklärung des angeblichen Ehemannes in Gang gesetzten Anfechtungsprozeß. Es ist nun wichtig, klarzulegen, ob dieses Anfechtungsrecht lediglich dem Ehemanne zusteht oder ob auch jeder andere an dem Status des Kindes Interessierte, der den obigen Beweis der Abwesenheit des Ehemannes oder einen sonstigen die Ehelichkeitsvermutung beseitigenden Nachweis zu erbringen vermag, die Feststellung der Unehelichkeit des Kindes im Prozeß verlangen kann.

Wegen der durchaus verschiedenen Beantwortung dieser Frage in den früheren Rechtssystemen, auch zur Kritik der einschlägigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes ist ein Rückblick auf die Regelung des Anfechtungsrechts im römischen Recht und Allgemeinen Landrecht interessant und nützlich.

Für das römische Recht unterscheidet Fuchs[1]) zwei Klassen von Anfechtungsberechtigten:

1. Diejenigen, die durch die präsumtive Ehelichkeit des Kindes in ihren Personenrechten beeinträchtigt werden. Dahin gehören besonders der angebliche Vater, dem, wenn er nicht anficht, Vaterpflichten aufgedrängt werden, — regelmäßig hat er daneben auch ein materielles Interesse —; ferner das Kind selbst, nicht aber die Mutter, da ja bezüglich der personenrechtlichen Stellung das Verhältnis zwischen Mutter und Kind bei Unehelichkeit das gleiche ist wie bei Ehelichkeit.
2. Diejenigen, die durch die Ehelichkeit des Kindes in ihren Erbrechten beeinträchtigt werden, sei es als Erben nach dem Ehemann oder einer anderen Person, also die Kindesmutter, die Geschwister des Kindes, auch deren und des Kindes Erben, auch Testamentserben; hier erscheint das Anfechtungsrecht als reines Vermögensrecht.
3. Diejenigen, denen durch die Ehelichkeit des Kindes materielle Verpflichtungen erwachsen, besonders Unterhaltspflichten, so der Kindesmutter, sowie ihren und des angeblichen Vaters Eltern.

Alle diese Personen, die Fuchs zu solchen zusammenfaßt, die, „ein sehr hervorragendes Interesse an dem Stande des Kindes" haben, sind nach seiner Ansicht zur Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes berufen, aber auch nur diese. Außer den drei genannten Kategorien gibt es keinerlei Anfechtungsberechtigte.

Gegen diese von Fuchs aus dem Vergleich mit anderen

---

1) Fuchs S. 78 ff.

Gesetzbüchern [1]) und Erwägungen der Billigkeit entwickelten Grundsätze richten sich starke Strömungen in Theorie und Praxis. Dernburg [2]) läßt lediglich den Ehemann der Kindesmutter zur Anfechtung der Ehelichkeit zu. Andere Interessierte seien nur nach seinem Tode zur Geltendmachung der Illegitimität befugt und auch dann nur, wenn der Ehemann nicht seinerseits die Legitimät des Kindes anerkannte. Ähnlich läßt Stobbe [3]) nach ausdrücklicher oder stillschweigender Anerkennung der Ehelichkeit seitens des angeblichen Vaters eine Anfechtung von anderer Seite, insbesondere der Mutter oder des Kindes, sowie anderer Dritter grundsätzlich nicht zu. Jedoch könne das Kind ein Interesse daran haben, von der Gewalt des Mannes seiner Mutter und von dessen väterlichem Nießbrauchsrecht loszukommen. In diesem Falle sei es auch dem Kinde — oder in dessen Interesse der Mutter [4]) — gestattet, die eheliche Erzeugung anzufechten [5]).

Dieser Ansicht vermag ich nicht beizutreten, vielmehr halte ich für das römische Recht jeden zur Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes für befugt, der ein eigenes rechtliches Interesse daran hat, daß das Kind nicht als ehelich gilt [6]). Weshalb Fuchs nur denen das Anfechtungsrecht geben will, die „ein sehr hervorragendes Interesse" an der Unehelichkeit des Kindes haben, ist nicht erklärlich; auch ist die Unbestimmtheit des Ausdrucks nachteilig. Diese Aus-

---

1) Vor allem dem österreichischen allgemeinen und sächsischem bürgerlichen Gesetzbuche, sowie dem code civil.

2) Dernburg, Pandekten S. 55.

3) Stobbe S. 315.

4) die nach dem Gerichtsgebrauch des gemeinen Rechts für ihr uneheliches Kind den Alimentationsanspruch geltend machen kann, vgl. Seuffert 54, 23.

5) Ebenso Roth S. 282.

6) Ebenso Regelsberger S. 281.

wahl aus der Reihe der Interessenten vermag er nicht zu rechtfertigen. Wohl aber ist sein Hinweis auf das Fehlen jeglicher positiven Bestimmungen über das Anfechtungsrecht anderer als des Ehemannes in den römischen Quellen beachtlich. Daraus, daß diese über andere Anfechtungsberechtigte keinerlei Bestimmungen träfen, die Nichtberechtigung aller anderen zur Anfechtung herzuleiten, widerspreche dem Sinne der römischen Vorschriften und führe oft zu großen Härten. Es sind daher bezüglich dieser Frage die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Entstehung von Ansprüchen und Rechten anzuwenden, und diese führen zu einem Anfechtungsrecht aller Interessenten, insbesondere auch des Kindes. Für die Anfechtungsklage des Kindes findet sich eine Analogie in den römischen Quellen, wo neben den Rechtsmitteln, durch welche der angebliche Inhaber der väterlichen Gewalt diese geltend macht, gerade auch eine umgekehrt gerichtete Klage des angeblichen Hauskindes, das seine Unabhängigkeit behaupten will, erwähnt wird. Ist eine solche Klage auf Aberkennung der väterlichen Gewalt (actio de patria potestate negativa) zulässig, so kann auch einer Klage, in der nicht gerade nur die väterliche Gewalt als solche, sondern vielmehr die Paternität überhaupt streitig ist (actio de filiatione negativa), ein Grund nicht entgegenstehen [1]). Wesentlich anderen Regeln unterliegt das Anfechtungsrecht im System des preußischen Landrechts. Während das römische Recht bestrebt ist, die infolge der Vaterschaftsvermutung mit der Wirklichkeit bisweilen nicht im Einklang stehende Regelung der Statusverhältnisse durch weitgehende Anfechtungsrechte wieder zu beseitigen, geht die Tendenz des preußischen Landrechts dahin, sei es durch Er-

1) Vgl. RG. 18, 38.

leichterung der die Ehelichkeit begründenden Vorschriften, sei es durch Einschränkung der Beseitigungsmöglichkeiten der einmal präsumierten Ehelichkeit einen möglichst großen Kreis von Kindern in den Genuß der Vorteile ehelicher Geburt zu setzen. Am klarsten ergibt sich dies Bestreben aus dem einzig und allein dem angeblichen Vater zugebilligten Anfechtungsrecht der Ehelichkeit des Kindes. Bornemann[1]) bestreitet das Bestehen dieses Grundsatzes für das preußische Recht. „In den einschlägigen §§ 2, 15—18 des allgemeinen Landrechts ist nirgends gesagt, daß nur die erwähnten Personen, — nämlich der Vater und die Lehn- und Fideikommiß-Anwärter, — zum Angriff der Legitimität des Kindes berechtigt sein sollen. Sie enthalten nur Vorschriften, bei denen diese Berechtigung und zwar keineswegs als eine ausschließliche jener Personen, bereits vorausgesetzt ist. Ein innerer Grund für die Ausschließung der Mutter und des Kindes ist durchaus nicht ersichtlich. Dem Kinde die natürlichen Rechte gegen seinen wahren Vater zu verschaffen, ist eine allgemeine, natürliche Befugnis sowohl der Mutter als auch des Kindes selbst, die solange als eine rechtliche gelten muß, bis sie ausdrücklich vom Gesetz reprobiert wird. Eine solche Reprobation ist im Gesetze nirgends ausgesprochen, und sie hätte umso mehr ausgesprochen werden müssen, als die negative Filiationsklage auch zur Zeit der Redaktion des allgemeinen Landrechts in allgemeiner Praxis der Gerichte beruhte“[2]). Diesen sehr einleuchtenden Erwägungen schließt sich Förster[3]) an: „Daß nur dem Vater und den Anwärtern die Anfechtung der Ehelichkeit zustehe, im übrigen aber die Vermutung nach dem allgemeinen Land-

1) Bornemann S. 273 ff.

2) Gleicher Ansicht Fuchs S. 82 und die dort Zitierten.

3) Förster-Eccius S. 136, Anm. 41.

recht II, 2 § 1 eine unumstößliche sei, ist eine willkürliche Behauptung. Daß des negativen Klagerechts des Kindes nicht Erwähnung geschieht, ist überhaupt nicht auffallend, da das allgemeine Landrecht den mit den einzelnen Rechtsinstituten zusammenhängenden Klagerechten keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat. Entscheidend aber ist, daß nirgends im Gesetzbuch dem Kinde ein solches Klagerecht entzogen ist, daß ein rechtliches Interesse für eine negative Klage sehr wohl denkbar ist und ohne ausdrückliches Verbot des Gesetzes doch niemandem die Klage für sein wirkliches Zustandsrecht versagt werden darf".

Diese mit dem Standpunkt des gemeinen Rechts übereinstimmende Ansicht, fand nur in der Literatur, und auch hier nur wenige Vertreter. Ihr erwuchsen zahlreiche Gegner, als das Reichsgericht in der Entscheidung vom 3. Juli 1890 [1]) sich auf den direkt entgegengesetzten Standpunkt stellte. Obwohl für das gemeine Recht die Frage, ob dem in der Ehe geborenen Kinde die sogenannte negative Filiationsklage zustehe, vom Reichsgericht bejaht worden sei [2]), sei die gleiche Frage für das preußische Landrecht durch das Obertribunal [3]) verneint worden. Dieser Entscheidung sei beizutreten. Die Vorschriften des allgemeinen Landrechts, die lediglich über das Anfechtungsrecht des Ehemannes, seiner Verwandten und der Lehns- und Fideikommißanwärter Bestimmungen träfen, enthielten für den Ehemann Erschwerungen seiner Beweislast und Beschränkungen seiner Anfechtungsfrist. Wollte man nun allen Interessenten das Anfechtungsrecht geben, so käme man zu dem höchst inkonsequenten Ergebnis, daß diese, über die ja keinerlei Be-

1) RG. 26, 58.
2) RG. 18, 38.
3) OTE. Bd. II, 292.

stimmungen bestehen, von all den Beschränkungen befreit wären, und so rechtlich wesentlich günstiger ständen als der wegen seines besonderen Interesses an dem Status des Kindes vom Gesetz ausdrücklich bedachte Ehemann. Außerdem bestimme das Gesetz, daß die Verwandten des Ehemannes die Rechtmäßigkeit des Kindes nicht mehr anfechten könnten, wenn der Mann ausdrücklich oder stillschweigend das Kind als das seinige anerkannt habe; es mache also insoweit der Verwandten Anfechtungsrecht von dem des Ehemannes völlig abhängig. Diese Vorschrift stehe einem selbständigen Anfechtungsrecht aller Interessenten direkt entgegen. Die Mutter und auch das Kind würden sonst unbeschränkt durch das Verhalten des Ehemannes innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist das Anfechtungsrecht geltend machen können. Das aber widerspreche der überragenden Stellung des Ehemannes in der Familie, die ihm bezüglich der Feststellung des Status der in seiner Ehe geborenen Kinder uneingeschränkte Handlungsbefugnis gebe, sodaß auch, wenn er nicht anfechte, die Ehelichkeit des Kindes ein für alle Male feststehe.

In der Tat würde die für das gemeine Recht geltende unbeschränkte Ausdehnung der Anfechtungsberechtigung auf alle Interessenten, auf das preußische Landrecht übertragen, wegen der durch feste Norm gesetzten Beschränkungen des ehemännlichen Anfechtungsrechtes nicht nur ungerecht, sondern auch im höchsten Grade unlogisch sein und kann daher beim Schweigen des Gesetzes als Absicht des Gesetzgebers aus dem allgemeinen Landrecht nicht entnommen werden [1]). Während so nach preußischem Recht — außer den An-

1) Ebenso Stobbe S. 315; Förster-Eccius S. 136; Gruchots Beiträge Bd. 24, S. 1036 und Motive IV, S. 658.

wärtern — nur dem Ehemann das Anfechtungsrecht zusteht, wird in § 1778 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches das Anfechtungsrecht kraft positiver Vorschrift auch dem Kinde ausdrücklich gewährt, wohingegen das österreichische Gesetzbuch von 1876 im § 2 es ihm wiederum verweigert [1]).

Das heutige bürgerliche Recht folgt auch hier wieder dem Standpunkte des preußischen Landrechts. Zwar läßt es unter bestimmten Bedingungen eine Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes durch Dritte zu, aber das eigentliche, wirkliche Anfechtungsrecht gibt es dem Ehemanne ganz allein, und regelt dieses in dem weitaus größten Teile des Abschnittes über die „eheliche Abstammung", nämlich in den §§ 1594—1599. Diese Vorschriften sollen auch hier zunächst besprochen werden.

Für die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes durch den Ehemann ist es von Wichtigkeit, ob das Kind zur Zeit der Anfechtung noch am Leben oder bereits verstorben ist. „Nach dem Tode des Kindes erfolgt die Anfechtung der Ehelichkeit durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben". § 1597 I. BGB. Sachlich zuständig für diesen Fall der Anfechtung ist gemäß § 72 FGG. das Amtsgericht. Die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts bestimmt sich nach dem Wohnsitze des verstorbenen Kindes, § 73 FGG. Das als ehelich gestorbene Kind teilt gemäß § 11 BGB. den Wohnsitz des — wenn auch nur präsumierten — Vaters, woraus sich als Anfechtungsgericht das Amtsgericht ergibt, in dessen Bezirk der Ehemann seinen Wohnsitz hat [2]). Die An-

1) Vgl. Fuchs S. 81.
2) Vgl. OLG. 30, 57.

fechtungserklärung, eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, muß „gegenüber", nicht „vor" dem Nachlaßgericht erfolgen; es genügt also auch schriftliche Übersendung der Anfechtungserklärung an das Nachlaßgericht, nur muß sie öffentlich beglaubigt sein, wenn anders die Erklärung nichtig ist[1]), d. h. als nicht abgegeben gilt, also ohne alle Rechtsfolgen ist.

Das Verfahren ist ein wesentlich anderes, wenn das Kind zur Zeit der Anfechtung noch lebt. „Die Anfechtung der Ehelichkeit erfolgt bei Lebzeiten des Kindes durch Erhebung der Anfechtungsklage. Die Klage ist gegen das Kind zu richten", § 1596 I. BGB. Hier ist also die Durchführung einer Klage erforderlich. Die Parteien dieses Prozesses sind:

a) der Ehemann als Kläger und
b) das Kind als Beklagter.

Das Kind wird in den meisten Fällen noch minderjährig sein; ihm ist daher für die Dauer des Rechtsstreits ein Pfleger zu bestellen[2]), da es von seinem gesetzlichen Vertreter, seinem — wenn auch nur präsumierten — Vater in einem Rechtsstreit mit diesem nicht vertreten werden kann. Ebenso ist in dem Falle, wo der Kindesmutter die elterliche Gewalt gemäß § 1684 oder deren Ausübung nach § 1685 BGB. zusteht, oder sie des Kindes Vormund ist, ein Pfleger zu bestellen, da der Mutter sowohl als elterlicher Gewaltshaberin wie auch als Vormund in einem Rechtsstreit des Mündels mit seinem Vater die Vertretung des Kindes nicht zusteht[3]). Der Pfleger hat den Prozeß für das Kind zu

1) § 125 BGB.
2) Vgl. BGB. §§ 1909, 1630, 1795, 181.
3) Siehe BGB. §§ 1686, 1630, 1795; anders Planck, S. 349 unter § 1596 I.

führen, ihm ist insbesondere die Anfechtungsklage zuzustellen; der Ehemann hat daher vor Erhebung der Anfechtungsklage die Bestellung eines Pflegers für das Kind beim Vormundschaftsgericht zu beantragen. Als zuständiges Vormundschaftsgericht für das Kind kommt, da auch hier das Kind zur Zeit der Klageerhebung noch ehelich ist, nach § 11 BGB. das Gericht des Ehemannes in Betracht[1]). Die Anfechtungsklage ist gemäß §§ 70, 23 GVG. bei dem dem Vormundschaftsgericht des Kindes übergeordneten Landgericht anzubringen.

Das Anfechtungsrecht des Mannes ist — in Übereinstimmung mit dem preußischen Landrecht — zeitlich begrenzt. Er kann es gemäß § 1594 I. nur binnen Jahresfrist ausüben. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Mann die Geburt des Kindes erfährt, § 1594 II. Sie gilt sowohl für die in der Form der Anfechtungsklage wie für die in der Form der Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgende Anfechtung durch den Ehemann, sodaß in beiden Fällen nach Ablauf der Frist das Anfechtungsrecht erloschen, mithin die Anfechtung ausgeschlossen ist. Die Frist ist eine Ausschlußfrist und demnach von Amtswegen zu berücksichtigen, keine Verjährungsfrist, die lediglich eine verzichtbare Einrede erzeugt. Es finden daher die Vorschriften über die Verjährung auf diese Frist im allgemeinen keine Anwendung. Nur durch ausdrückliche Bestimmung des § 1594 III. sollen — aus Billigkeitsgründen — die Vorschriften der §§ 203, 206 BGB., die von der Hemmung der Verjährung durch Stillstand der Rechtspflege und durch höhere Gewalt und von dem Aufschub der Vollendung der Ver-

1) Ebenso Dernburg, Bürgerl. Recht S. 221, Note 10, vgl. hierzu Recht 1914, Note 1997.

jährung infolge Mangels an gesetzlicher Vertretung handeln, entsprechend angewendet werden. Liegt aber keiner dieser die Verjährung hinausschiebenden oder hemmenden Gründe vor, und hat die Ehefrau, der Standesbeamte oder eine sonstige Behörde dem Ehemann Mitteilung von der durch seine Ehefrau erfolgten Geburt eines Kindes gemacht, ficht aber trotzdem der Ehemann nicht innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Geburt die Ehelichkeit an, so verliert er, auch wenn er die von glaubwürdiger Seite gemachte Mitteilung bezweifelt[1]) und deshalb die Anfechtung unterläßt, dadurch sein Recht und kann später nicht wieder anfechten; das Kind ist dann unwiderruflich ehelich.

Die gleiche Wirkung wird erreicht durch Anerkennung der Ehelichkeit seitens des Ehemannes. „Die Anfechtung der Ehelichkeit ist ausgeschlossen, wenn der Mann das Kind nach der Geburt als das seinige anerkennt", § 1598 I. Dies gilt wiederum gleichmäßig für beide Fälle der Anfechtung, sowohl für die Anfechtung durch Erhebung der Anfechtungsklage, wenn nämlich das Kind noch lebt, wie auch — nach dessen Tode — für die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. Die Anerkennung ist ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches den Willen des Mannes kundtut, daß das Kind als ehelich gelten soll. Daß der Mann die Ehelichkeit des Kindes bezweifelt, ist nicht erforderlich; er kann die Ehelichkeit sogar anerkennen, obgleich er von der Unehelichkeit des Kindes überzeugt ist, z. B. um seine ehebrecherische Frau nicht bloßzustellen oder um von vornherein alle Anzweiflungen der Ehelichkeit des Kindes zu unterbinden. Die Anerkennung ist an eine Form nicht gebunden; sie kann

1) Vgl. OLG. 12, 319.

ausdrücklich, aber auch stillschweigend geschehen. Sie muß nur „den Charakter einer Willenserklärung", d. h. einer auf Herbeiführung einer beabsichtigten rechtlichen Wirkung gerichteten Handlung an sich tragen[1]). Als eine solche wird allgemein die Anmeldung der Geburt des Kindes als eines ehelichen durch den Mann beim Standesamt angesehen. Bei der Bewertung dieser Handlung des Mannes als Anerkennungserklärung ist indes zu berücksichtigen, daß bis zur Anfechtung der Ehelichkeit durch den Mann, also auch im Zeitpunkte der Anmeldung des Kindes zum Geburtsregister, dieses ehelich ist, und daß deshalb für den Ehemann als vermuteten ehelichen Vater eine Pflicht besteht, die Geburt des Kindes dem Standesamt anzuzeigen[2]). Genügt er nun lediglich dieser Pflicht, ohne über Anerkennung oder Anfechtung des Kindes überhaupt zu sprechen, so wird darin allein eine Anerkennung nicht unbedingt zu finden sein, wohl aber kann die vorbehaltslose Anmeldung des Kindes in Verbindung mit anderen Tatsachen als Anerkennung des Kindes aufzufassen sein[3]). Vor der Geburt des Kindes ist die Anerkennung wirkungslos[4]); sie muß, um die Anfechtung der Ehelichkeit auszuschließen, nach der Geburt des Kindes, — sie kann auch noch nach dem Tode des Kindes, und zwar ebenso wie die Anfechtung der Ehelichkeit durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber

1) Vgl. Staudinger S. 766, 2 b.

2) Vgl. Personenstandsgesetz § 18 I, 1, § 68.

3) Vgl. Endemann S. 531, Note 6; Neumann S. 212, Note 4; Fischer-Henle § 1598, Note 4; anders Planck § 1598, Note 1: „Durch die Anzeige erklärt der Mann, daß er sich als ehelicher Vater zur Anzeige verpflichtet erachte. Will der Mann diese Folgerung vermeiden, so gebietet ihm die Vorsicht, Verwahrung gegen die Vaterschaft einzulegen; obiger Ansicht OLE. 10, 22 b.

4) Vgl. dazu OLE. 21, 12 b.

dem Nachlaßgericht, — erfolgen[1]). Nichtig ist auch eine unter einer Bedingung erfolgte Anerkennung. „Die Anerkennung kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen", § 1598 II. Wohl aber kann eine wirksame Anerkennung in einer Verfügung von Todeswegen enthalten sein, § 1598 III, 2. An eine Form ist eine solche in einer letztwilligen Verfügung erfolgende Anerkennung ebenso wenig gebunden, wie die unter Lebenden erklärte, und so wird beispielsweise unter Umständen schon die Bezeichnung eines Kindes als „eheliches Kind" in einer letztwilligen Verfügung des Erblassers als Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes angesehen werden können.

Die Anerkennung der Ehelichkeit durch den Ehemann kann gemäß § 1596 II, 2 auch noch wirksam erfolgen, wenn der Mann die Anfechtungsklage bereits erhoben hat; aber natürlich ist sie vor der endgültigen Erledigung des Rechtsstreits zu erklären. Die Anfechtung ist dann als nicht erfolgt anzusehen. Das Gleiche gilt, wenn die Anfechtungsklage vom Ehemann zurückgenommen wird, § 1596 II, 1, was allerdings nach § 271 I. ZPO. ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache erfolgen kann. Da die Erhebung der Anfechtungsklage doppelten Charakter hat, nämlich einmal rechtsgeschäftlicher Anfechtungsakt und andererseits der zur Anhängigmachung der Statusklage erforderliche prozessuale Akt ist, die Zurücknahme der Anfechtungsklage aber gemäß § 271 III. ZPO. nur die Folge hat, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig ge-

1) Die Erklärung des Ehemannes zu Protokoll des Amtsgerichts, die Ehelichkeit nicht anfechten zu wollen, enthält eine die Anfechtung der Ehelichkeit ausschließende Anerkennung, vgl. Seuffert 70, 221.

worden anzusehen ist, so würde nach allgemeinen Grundsätzen der in der Erhebung der Anfechtungsklage liegende rechtsgeschäftliche Akt der Anfechtung dadurch nicht betroffen, also auch nicht beseitigt werden. Die Anfechtung mit ihren sehr wichtigen Folgen würde also als vorliegend zu erachten sein. Dem tritt aber die erwähnte Vorschrift des § 1596 II, 1 entgegen, indem sie bestimmt, daß die ganze Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen sei, alle ihre Wirkungen also nach rückwärts hin wegfallen. Es ist also so, als wenn garnichts geschehen wäre, und, soweit nicht Zeitablauf oder Anerkennung die Klage ausschließen, kann sie vom Ehemann wiederum von Neuem erhoben werden.

Die Anerkennung der Ehelichkeit unterliegt als einseitiges Rechtsgeschäft den allgemeinen für Rechtsgeschäfte geltenden Bestimmungen; so sind bezüglich der Frage, ob die Anerkennung wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung, wegen unrichtiger Übermittelung der Erklärung usw. anfechtbar ist, die allgemeinen Vorschriften der §§ 119 ff. BGB. anwendbar. Hiervon stellt uun aber der § 1599 BGB. einige Abweichungen auf. „Ist die Anerkennung der Ehelichkeit anfechtbar, so finden die Vorschriften der §§ 1595—1597 und wenn die Anfechtbarkeit ihren Grund in arglistiger Täuschung oder in Drohung hat, neben den Vorschriften des § 203, Abs. 2 und des § 206 auch die Vorschrift des § 203, Abs. 1 entsprechende Anwendung". Durch die Anwendbarkeit der §§ 1595—1597 wird besonders die im allgemeinen für die Anfechtung von Willenserklärungen vorgeschriebene Form der Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner[1]) ausgeschlossen, was dadurch begründet ist, daß bei der Anfechtung der Anerkennungs-

1) BGB. § 143.

erklärung es sich doch im Grunde um Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes handelt, wofür §§ 1595—97 maßgeblich sind. Außerdem wird noch der § 203 I. besonders für anwendbar erklärt. Dies beruht auf der Erwägung, daß die Anfechtung der Anerkennung der Ehelichkeit, eben weil sie gegenüber dem Gericht zu erfolgen hat, im Gegensatz zu der gewöhnlichen dem Anfechtungsgegner gegenüber zu erklärenden Anfechtung durch Stillstand der Rechtspflege unmöglich wird.

Für die Klage der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes sowohl wie für die Klage auf Anfechtung der Anerkennung gelten gemäß §§ 641—643 ZPO. besondere prozessuale Bestimmungen. Diese Sondervorschriften für das Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben, lehnen sich im allgemeinen an die für das Verfahren in Ehesachen geltenden Bestimmungen an. Besonders ist dadurch in die Statusprozesse, wenn auch in beschränktem Maße, das Offizialprinzip hineingetragen. Wenngleich für die Öffentlichkeit das Interesse an der Frage, ob ein Kind ehelich oder unehelich ist, geringer sein mag als das an dem Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe, so trifft doch der prinzipielle Grund, weshalb man hier die allgemeine Verhandlungsmaxime des Zivilprozesses durchbrochen und das Offizialprinzip eingeführt hat, nämlich der, daß es sich um einen Rechtsstreit handelt, dessen Gegenstand nicht der völlig freien Verfügung der Parteien unterliegt, hier wie dort in gleichem Maße zu.

Für die Anfechtungsklage des Ehemannes bestimmt der § 641 I. ZPO.: „Wird die Ehelichkeit eines Kindes oder die Anerkennung der Ehelichkeit von dem Ehemanne der Mutter durch Erhebung der Anfechtungsklage ange-

fochten, so finden die Vorschriften der §§ 607, 613, des § 617, Abs. 1, 2 der §§ 618, 619, des § 622, Abs. 1 und der §§ 625, 626, 628 entsprechende Anwendung". Als wichtigste Folgerungen aus dieser Bestimmung ergeben sich die folgenden:

1. der Staatsanwalt ist zur Mitwirkung befugt, §§ 641, 607 ZPO.
2. das Gericht darf Tatsachen, die von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amtswegen anordnen, beides jedoch nur zu Gunsten der Ehelichkeit, nicht auch zu Gunsten der Unehelichkeit des Kindes, §§ 641, 622 I. ZPO.
3. Nicht anwendbar sind im Statusprozeß eine Reihe von Vorschriften, die in der Zivilprozeßordnung allgemeine, grundsätzliche Bedeutung haben, so die Bestimmungen über die Folgen der versäumten oder verweigerten Erklärung über Tatsachen, die Normen über die Eideszuschiebung, auch über die Wirkung eines gerichtlichen Geständnisses usw., bezüglich solcher Tatsachen, welche die Unehelichkeit des Kindes, nicht aber bezüglich solcher, welche die Ehelichkeit begründen, §§ 641, 617 II. ZPO.
4. Das Anerkenntnis hat keine feststellende Wirkung, §§ 641, 617 I. ZPO.
5. Gegen den Beklagten kann ein Versäumnisurteil nicht ergehen, §§ 641, 618 ZPO.
6. Stirbt eine der Parteien vor der Rechtskraft des Urteils, so ist der Rechtsstreit bezüglich der Hauptsache als erledigt anzusehen, §§ 641 I., 628 ZPO. u. a. m.

Die Ehefrau ist in diesem Prozesse nicht Partei; sie darf daher als Zeugin vernommen werden.

Alle diese Rechtsfolgen gelten, wie aus § 641 I. hervorgeht, nicht nur in dem Falle der Anfechtung der Ehelichkeit durch den Ehemann, sondern auch dann, wenn die Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes von dem Ehemann der Mutter im Statusprozeß angefochten wird.

Das in der Anfechtungsklage ergehende Urteil wirkt für und gegen jeden Dritten; mit seiner Rechtskraft ist über den Personenstand des Kindes endgültig entschieden. „In den Fällen der §§ 640, 641 wirkt das Urteil, sofern es bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird, für und gegen Alle", § 643 I, 1 ZPO. Da diese Bestimmung sowohl den Prozeß über die Feststellung der Ehelichkeit wie auch den über die Anerkennung der Ehelichkeit trifft, so ist zu unterscheiden:

1. Stand die Feststellung der Ehelichkeit in Frage und wurde die Anfechtungsklage des Ehemannes abgewiesen, so war dadurch bezüglich aller Rechtsverhältnisse des Kindes seine Ehelichkeit festgestellt, während beim Obsiegen des Ehemannes ebenso allgemein die Unehelichkeit des Kindes feststand und sich jeder ohne weiteres darauf berufen konnte.
2. Richtete sich die Anfechtung gegen die Ehelichkeitsanerkennung, so ist das Urteil, sofern das Verfahren nicht beide Anfechtungsklagen verband, für die Frage der Ehelichkeit selbst ohne Bedeutung, nur die Feststellung, ob der Ehemann wirksam anerkannt hat oder nicht, erlangt in diesem Fall absolute Rechtskraft. Meist werden jedoch beide Klagen verbunden sein.

Ist im Urteil die Unehelichkeit rechtskräftig erkannt, so wird für das nunmehr uneheliche Kind die Anordnung einer Vormundschaft notwendig. Das Prozeßgericht hat

gemäß § 50 FGG. das zuständige Vormundschaftsgericht hiervon zu benachrichtigen, das dann seinerseits die Änderung im Geburtsregister und die Bestellung eines Vormunds zu veranlassen hat.

Die im § 643.I. dem Urteil beigelegte Wirkung inter omnes trifft nur den Fall der Anfechtungsklage des Ehemannes gegen das Kind, nicht etwa auch Urteile anderer Prozesse, in denen über die Ehelichkeit oder Unehelichkeit eines Kindes entschieden wird. Ob ein solcher anderer Prozeß, als der, in welchem der Ehemann als Anfechtungskläger gegen das Kind auftritt, überhaupt, und wann er zulässig ist, wird nun zu untersuchen sein.

§ 7.

Über diese Frage gibt uns die wichtige Bestimmung des § 1593 BGB. Aufschluß. „Die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb dreihundertundzwei Tagen nach der Auflösung der Ehe geboren ist, kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist". Daraus ergibt sich zunächst, daß es außer dem Anfechtungsrecht des Ehemannes auch noch ein anderes Mittel gibt, die Unehelichkeit des Kindes festzustellen, nämlich die Geltendmachung der Unehelichkeit im Prozeß. Zwischen diesem ganz allgemein und unbeschränkt allen Interessenten zustehenden Recht und dem an eine bestimmte Form und Frist gebundenen Recht der Anfechtung der Ehelichkeit durch den Ehemann bestehen aber wesentliche Unterschiede. Insbesondere hat im Vergleich zum Anfechtungsrechte des Mannes das Recht der Geltendmachung der Unehelichkeit meist nur sekundäre Bedeutung. Nach § 1593 kann grundsätzlich, so lange nicht der Ehe-

mann die Ehelichkeit des Kindes angefochten hat, überhaupt niemand, auch nicht der Ehemann selbst — etwa im Wege der Einrede —, die Unehelichkeit des Kindes geltend machen. Der Ehemann hat es also vollständig in der Hand, den Personenstand des Kindes nach seinem Belieben zu bestimmen; er kann insbesondere durch Unterlassung der Anfechtung oder durch Anerkennung einem in Wirklichkeit unehelichen Kinde die Stellung eines ehelichen Kindes verschaffen. Nur in dem Falle, daß der Ehemann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit angefochten, aber auch ohne sein Anfechtungsrecht verloren zu haben, kann die Unehelichkeit des Kindes von allen Interessenten geltend gemacht werden; hier muß dem Ehemann sein Anfechtungsrecht im Zeitpunkt des Todes also noch zustehen. Wenn er daher sein Recht durch Ablauf der Anfechtungsfrist (§ 1594) oder durch Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes (§ 1598) verloren hat, so ist eine Geltendmachung der Unehelichkeit, über deren prozessuale Form später zu sprechen sein wird, überhaupt unter gar keinen Umständen mehr möglich. Diese schwerwiegenden Bedenken unterliegende Bestimmung des Gesetzes rechtfertigen die Motive[1]) folgendermaßen: „Wenngleich zugegeben werden muß, daß gegen die Beschränkung, welcher nach den Bestimmungen des Entwurfs das Recht, die Unehelichkeit eines von der Ehefrau während der Ehe — — — geborenen Kindes geltend zu machen, unterliegt, und gegen die weittragende Wirkung, welche der Entwurf an den Verlust des dem Ehemanne zustehenden Anfechtungsrechtes durch Anerkennung oder Zeitablauf knüpft, erhebliche Bedenken, hingesehen auf die allgemeinen Grundsätze und das Interesse Dritter, insbesondere des Kindes und der Ehe-

1) Vgl. Motive S. 659.

frau, erhoben werden können, so fällt doch andererseits neben der Rücksicht auf das in großen Gebieten des deutschen Reiches, namentlich in den Gebieten des preußischen und des französischen Rechtes, geltende Recht vor allem der Gesichtspunkt entscheidend ins Gewicht, daß auf dem von dem Entwurfe eingeschlagenen Wege, wenigstens in großem Umfange, eine einheitliche Gestaltung der vielfachen durch die eheliche Geburt bedingten Rechtsverhältnisse erreicht, und die Zahl schwieriger, das Familienglück gefährdender Prozesse vermindert wird. . . . . Da der Ehemann als Haupt der Familie zunächst und vorzugsweise durch die Frage berührt wird, ob das Kind ein eheliches oder uneheliches ist, so liegt es zudem nahe, ihm als dem zunächst Beteiligten, als justus contradictor, gewissermaßen als dem natürlichen Vertreter der übrigen Familienmitglieder die Entscheidung zu überlassen, ob das Kind als eheliches gelten soll oder nicht : . . .; ferner fragt es sich, ob nicht das Recht des Ehemannes, das in seiner Ehe geborene Kind, auch wenn dasselbe von ihm nicht erzeugt ist — oder sein kann —, als das seinige gelten zu lassen, als eine aus dem Wesen der Ehe sich ergebende Wirkung des letzteren aufgefaßt werden kann. . . . . Jedenfalls ist die Gefahr, daß der Ehemann ein in Wahrheit uneheliches Kind, trotzdem er vom Gegenteile überzeugt ist, als das seinige anerkennt, und dadurch die auf Grund des wahren Personenstandes dem Kinde und Dritten zustehenden Rechte beeinträchtigt, nur eine fernliegende und als ein geringeres Übel zu betrachten, als die Gefahren, welchen das Kind, die Ehre der Ehefrau und das Glück der Familie ausgesetzt ist, wenn es, vielleicht nach langen Jahren, Dritten gestattet ist, den Schleier zu lüften und die Unehelichkeit des Kindes noch geltend zu machen. . . . . Andererseits kann nicht anerkannt werden, daß der

Standpunkt des Entwurfes die Interessen des Kindes in erheblicher Weise zu gefährden droht. In den weitaus meisten Fällen wird es den Interessen eines in Wirklichkeit unehelichen Kindes mehr entsprechen, wenn es als eheliches Kind behandelt wird, zumal nach dem Entwurfe das uneheliche Kind gegenüber dem unehelichen Vater, abgesehen von dem Unterhaltsanspruche, keinerlei Rechte hat. An Stelle dieses Unterhaltsanspruches aber erlangt es den gesetzlichen Unterhaltsanspruch eines ehelichen Kindes gegen den Ehemann und dessen Verwandte, sowie alle sonstigen Rechte eines ehelichen Kindes . . . ." Wenn auch im allgemeinen den angeführten Gründen die Berechtigung nicht zu versagen ist, insbesondere auch der mit der fraglichen Bestimmung verfolgte Zweck, den Personenstand von Kindern als ehelicher möglichst früh nach ihrer Geburt festzustellen und zu bewahren, im Interesse des Staates gelegen ist, da auf der Ehe und der Familie die staatliche Ordnung und die Zivilisation beruht, so sind doch in der Praxis Fälle zur Genüge vorgekommen, welche die Unzulänglichkeit der einschlägigen Bestimmungen des geltenden Rechtes beweisen. Eine Ehefrau ist, während gerade ihr Ehemann eine mehrmonatliche Gefängnisstrafe abbüßte, von einem andern, reichen Manne geschwängert. Die Ehefrau setzt ihren aus dem Gefängnis zurückkehrenden Ehemann von ihrer Schwangerschaft aus dem Beischlaf mit jenem Rentier X in Kenntnis. Nun beginnt zwischen dem Ehemann, einem völlig verwahrlosten Menschen, dem es lediglich um die Beschaffung von Mitteln zu neuem Bummelleben zu tun ist, und dem Schwängerer ein schamloser Handel. Sie kommen dahin überein, daß der Erzeuger des Kindes, der Rentier, dem Ehemann eine Geldsumme zahlt, wogegen dieser sich verpflichtet, die Ehelichkeit des Kindes nicht anzufechten.

Das Kind sieht nun zu, wie der Erzeuger, der eigentlich den vollen Unterhalt zu zahlen hätte, mit einer verhältnismäßig geringen Summe abkommt, wie dieser Geldbetrag von dem angeblichen Vater in Empfang genommen und gleich wieder verpraßt wird, während es selbst, da ja der Ehemann nicht anficht und ein anderer nicht anfechten kann, in's Elend hineingeboren, trotz des reichen wirklichen Vaters ein ganz kümmerliches Dasein ohne irgend welches eigene Vermögen fristen muß. Der Ehemann kann solche für ihn sehr vorteilhafte Geschäfte in Fülle abschließen, indem er seine Frau für gutes Geld verkuppelt und für weitere Abfindungen sich durch Nichtanfechtung zum Vater der von ihr geborenen Kinder macht, um den wirklichen Erzeuger zu verdecken[1]). Was nützt in diesen Fällen dem Kinde seine Ehelichkeit, was insbesondere sein Unterhaltsanspruch gegen den Ehemann seiner Mutter. Stände ihm ein eigenes Recht der Anfechtung seiner Ehelichkeit zu, so kämen ihm doch wenigstens die von seinem Erzeuger zu zahlenden Unterhaltskosten zu Gute.

Das Kind kann aber auch sonst ein großes Interesse daran haben, durch Feststellung seiner Unehelichkeit von der elterlichen Gewalt und dadurch von dem Nutzungsrecht des angeblichen Vaters am Kindesvermögen loszukommen. Dies beweist ein von Fuchs[2]) erzählter Fall, wo der Ehemann seine Frau verließ und, nach ihrem Tode zurückgekehrt, die väterliche Gewalt über das inzwischen geborene, uneheliche Kind derselben und die Verwaltung des hinterlassenen mütterlichen Vermögens be-

1) Ein solches Abkommen, in dem sich der Ehemann gegen Schweigegeld zur Anerkennung des Bastards seiner Frau als eigenen Kindes verpflichtet, enthält nach RG.-Urteil vom 16. September 1892, abgedruckt bei Bolze Bd. 15, 294, keine turpis causa!

2) Fuchs S. 80 Note 130.

anspruch. Auch ist das Kind seinem angeblichen Vater unterhaltungspflichtig [1]).

Hierin erschöpfen sich aber die aus dem lediglich dem Ehemanne zustehenden Anfechtungsrechte sich ergebenden Nachteile noch bei weitem nicht. Der Ehemann kann, wie gezeigt, Kinder zu seinen eigenen machen, die zur Welt kommen, während er jahrelang im Gefängnis sitzt oder in Afrika herumreist, während er ein Greis von 90 Jahren ist. Er kann ferner aber auch durch Nichtanfechtung oder Anerkennung Verwandtschaftsverhältnisse zur Entstehung bringen, die den Tatsachen direkt widersprechen, kann dadurch Erbrechte und Pflichtteilsrechte sowie Unterhaltspflichten schaffen, ja selbst Ehehindernisse begründen, indem er den von seiner zweiten Frau unehelich geborenen Sohn, der seine Tochter aus erster Ehe heiraten will, als sein eheliches Kind anerkennt [2]). Kurz er kann, wie ein Richter, formelles Recht schaffen und physisch Unmögliches zu einem gültigen Rechtsverhältnisse erheben. Sind das nicht ganz abwegige Konsequenzen und vereinigen sie sich etwa mit der Würde der Ehe? Im übrigen macht es in bezug auf die Ehre der Frau, die Heiligkeit der Ehe und das Glück der Familie wohl kaum einen großen Unterschied, ob dem von der Ehefrau eines neunzigjährigen oder seit langem zeugungsunfähigen Ehemanns geborenen Kinde der Personenstand eines ehelichen Kindes beigelegt oder ob seine Unehelichkeit festgestellt wird.

Bei der Beratung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs in der zweiten Kommission machte sich eine nicht unbedeutende Strömung geltend, die auf Grund der obigen

1) Dennoch meint Endemann S. 530: „Es entspricht dem Frieden der Ehe und dem Interesse des Kindes, die Eingriffe Unberufener in die Familie abzuwehren".

2) Ehehindernis gemäß § 1310 BGB.

Erwägungen und in richtiger Erkenntnis dessen, zu welch „schweren Verstößen gegen die Gerechtigkeit" die Regelung des Gesetzes führen könne, eine Erweiterung des Kreises der Antragsberechtigten beantragte. Der Antrag lautete: „Die Unehelichkeit eines von der Ehefrau während der Ehe oder innerhalb dreihundert Tagen nach der Auflösung der Ehe geborenen Kindes kann von dem Manne, der Frau und dem Kinde, von einer anderen Person aber nur dann geltend gemacht werden, wenn für diese von der Unehelichkeit ein Anspruch oder von der Ehelichkeit eine Verbindlichkeit abhängt"[1]). Es könne zugegeben werden, daß die Regelung des Entwurfs im Allgemeinen geeignet sei, die Rechtssicherheit zu fördern und die Frage der Ehelichkeit in einfacher und einheitlicher Weise zu entscheiden. Indessen lasse sich doch eine Reihe von Fällen denken, in denen die Bestimmungen des Entwurfs zu einem Ergebnisse führen müßten, welches der Wahrheit widerstreite . . . . Auch sei es sehr wohl möglich, daß die Vermögensverhältnisse der Familie es für das Kind vorteilhafter erscheinen ließen, die Ehelichkeit preiszugeben, um sich Unterhaltsansprüche und andere Ansprüche gegen den wirklichen Vater zu sichern. Trotz dieser einleuchtenden Begründung ließ sich für diese Anschauung in der Kommission keine Mehrheit finden, und so wurde der gestellte Antrag abgelehnt. Auch nutzte nichts die Geltendmachung des Gesichtspunktes, daß nach dem sächsischen Gesetzbuch (§ 1774) und nach dem gemeinen Rechte die Ehelichkeit eines Kindes nicht nur von dem Manne, sondern von Jedem, der an der Statusfrage rechtlich interessiert sei, angefochten werden könne, und daß nach den allgemeinen Grundsätzen über die Anfechtung beim Fehlen einer besonderen Bestimmung über das Anfechtungsrecht Dritter

1) Protokolle, S. 466.

auch diese stets die Feststellung der Unehelichkeit des Kindes im Prozeß verlangen könnten.

Unstreitig war indes die Frage auch im römisch-gemeinen Rechte nicht. Zwar ging wohl die herrschende Ansicht dahin, daß das Anfechtungsrecht der Ehelichkeit des Kindes allen Interessenten zustehe, die es auch nach Belieben im Anfechtungs- oder einem anderen Prozesse geltend machen könnten. Die Ansicht hatte aber viele Gegner, und so haben öfters höhere Gerichte in dem Alimentationsprozeß des Kindes gegen den Erzeuger, in dem das Kind unter Anbietung des Nachweises seiner Nichtabstammung von seinem angeblichen Vater, den Unterhalt vom Erzeuger verlangte, die Klage abgewiesen, weil wegen des allein dem Ehemann zustehenden Anfechtungsrechts als Voraussetzung der Alimentenklage stets die vorangegangene Illegitimitätsklage des angeblichen Vaters gegen das Kind mit dem die Unehelichkeit des ursprünglich als ehelich geltenden Kindes aussprechenden rechtskräftigen Urteile zu verlangen sei [1]). Während hier ganz unbedingt der Anfechtungsprozeß des Ehemannes als Klagevoraussetzung für den Alimentationsprozeß

1) Vgl. Seuff, 35, 267: „Wird ein Kind während bestehender Ehe seiner Mutter innerhalb der für die Rechtsvermutung der ehelichen Zeugung sprechenden Zeit geboren, dann gilt es als ein eheliches Kind und kann, solange nicht auf dem Wege einer Präjudizialklage der Ehemann nachgewiesen hat, daß er das Kind wegen Abwesenheit, Krankheit oder aus anderen Gründen unmöglich erzeugt haben könne, und dem Kinde infolgedessen das Statusrecht ehelicher Geburt abgesprochen worden ist, ein anderer Mann nicht wegen Vaterschaft und Alimentation des Kindes in Anspruch genommen werden"; ebenso Seuffert 31, 39: „Der Eintritt der Ehelichkeit muß insolange für vorhanden angenommen werden, als nicht die Illegitimität des Kindes von Seiten des Ehemannes behauptet uud rechtsgültig festgestellt worden sei, was nur in einem mit diesem geführten Prozesse über das Statusrecht des Kindes geschehen könne".

des Kindes gegen den Erzeuger erachtet wird[1]), begnügen sich andere Entscheidungen damit, daß der präsumtive Vater doch wenigstens seine Zustimmung zur Anstrengung des Alimentationsprozesses ausgesprochen habe[2]). Selbst bei Vorliegen der Prozeßgenehmigung seitens des Ehemanns abgewiesen wurde die Klage einer Ehefrau gegen einen Dritten auf Vaterschaftsanerkennung und Alimentation ihres vom Beklagten empfangenen Sohnes, vom OAG. München[3]). Einige Entscheidungen wollen die Alimentationsklage der Ehefrau nur zulassen, wenn der Ehemann seine Nichtanerkennung des Kindes und die Verweigerung fernerer Alimentation zu den Akten des Alimentationsprozesses erklärt hat oder doch wenigstens diese Verweigerung von der klagenden Kindesmutter im Prozeß behauptet worden ist[4]). Nach richtiger Ansicht ist, da nach römischem Recht das Anfechtungsrecht jedem Interessenten zusteht, besondere Bestimmungen aber für die Ausübung des Anfechtungsrechtes nirgends getroffen sind, auch für den Alimentationsprozeß von jeder besonderen Voraussetzung abzusehen.

Nach römischem Recht kann also das Kind oder seine Mutter den Anfechtungsprozeß gegen den angeblichen Vater anstrengen[5]), ein die Unehelichkeit des Kindes feststellendes Urteil erstreiten, und auf Grund dieses Urteils z.B. die Alimentationsklage gegen den außerehelichen Erzeuger oder die Klage auf Herausgabe des Kindesvermögens gegen den angeblichen Vater erheben. Erforderlich ist jedoch eine solche besondere Präjudizialklage des Kindes nicht. Vielmehr kann die Unehe-

1) Vgl. hierüber Lang S. 482, Anm. 5, S. 570, Anm. 4.
2) Vgl. Seuffert 6, 46.
3) Vgl. Seuffert 2, 296.
4) Vgl. Seuffert, 5, 292; 6, 46.
5) Ebenso Regelsberger, S. 278.

lichkeit als Präjudizialpunkt in dem Hauptprozeß geltend gemacht und festgestellt werden[1]). Zur Begründung der Alimentationsklage gehört es dann, daß die Vermutung der Ehelichkeit durch den Beweis, daß die Mutter ihrem Ehemann während der kritischen Zeit nicht beigewohnt habe[2]), oder daß ein zwischen den Ehegatten innerhalb der Empfängniszeit stattgehabter Geschlechtsverkehr für die Geburt des Kindes nicht kausal gewesen sein konnte, beseitigt werde. Mit dem Vorbringen dieser Behauptung müssen auch andere zur Erhebung von Klagen, in denen sie ihnen aus der Unehelichkeit des Kindes erwachsene Ansprüche geltend machen, zugelassen werden. So können beispielsweise die ehelichen Kinder einer Frau, die ein in Wahrheit uneheliches, aber vom Ehemann nicht angefochtenes und daher für ehelich geltendes Kind geboren hat, das väterliche Erbe dieses Kindes, um das jene in ihren Erbteilen gekürzt sind, in einer Erbschaftsklage herausverlangen.

Ganz allgemein sind derartige Klagen von Interessenten aller Art zuzulassen. Der Ehemann ist auch nicht in der Lage, diese Klage durch Anerkennung des Kindes abzuschneiden. Die Anerkennung ist hier, ebenso wie die eines vor der Ehe erzeugten Kindes durch den späteren Ehemann, lediglich ein Beweismittel und kann auch hier, falls sie als den Tatsachen widersprechend erwiesen wird, den Rechten des Kindes seinem Erzeuger oder Dritten gegenüber so wenig präjudizieren, wie die Anerkennung des späteren Ehemannes[3]). Deshalb ist auch die Zustimmung des angeblichen Vaters zur Klage des Kindes auf Feststellung seiner Unehelichkeit oder zum Unterhaltsprozeß gegen den Erzeuger nicht er-

1) Vgl. Seuffert 54, 23.
2) Ebenso Seuffert 2, 186; vgl. auch Stobbe S. 315.
3) Ebenso Fuchs S. 44.

forderlich, wenn es auch zweckmäßig und billig sein mag, ihn vorher zu hören.

Soweit der Standpunkt des römischen Rechtes. Abgesehen davon, daß dessen Regelung m. E. zu weit gerechteren und praktischeren Ergebnissen führt als die des bürgerlichen Gesetzbuches, liegt ein Anfechtungsrecht zumindest auch des Kindes in der Natur der Sache. Jedem Menschen muß als einer Person das Recht zuerkannt werden, im Leben als das zu gelten, was er seiner Geburt nach ist. Jeder Mensch kann daher eine den Tatsachen entsprechende Feststellung seiner Abstammung verlangen, auch das uneheliche Kind[1]); es kann nicht etwa gegen seinen Willen gezwungen werden, einen andern als seinen wirklichen Vater für seinen Vater anzuerkennen, zeitlebens zu einer Familie zu zählen, in die es nicht hineingehört, den Namen eines Mannes zu tragen, mit dem es nichts gemein hat, auch wenn wichtige persönliche oder materielle Interessen Dritter entgegenständen. Die Interessen Dritter, auch des am meisten beteiligten Ehemannes, stehen weit hinter dem des Kindes zurück. Für das Kind wird mit der Ausübung oder Nichtausübung des Anfechtungsrechtes über seine gesamten Lebensbedingungen entschieden, über Erziehung, Unterhalt, Name, Verwandtschaft, Religion; oft hängt davon die Entwicklung des Kindes, möglicherweise sogar seine Existenz ab. Trotzdem ist im heutigen Recht die Entscheidung über den Personenstand des Kindes der Willkür des Ehemannes überlassen, und davon hängt allein das Wohl und Wehe des Kindes ab. Dieses Recht hat der Ehemann als Ausfluß der Ehelichkeitsvermutung, also gerade jener Präsumtion, die doch in erster

1) Ebenso Seuffert 42, 275: „Es ist ein jeder Person zustehendes Recht, ihren ... Status so festgestellt zu sehen, wie er sich der Wahrheit entsprechend durch den natürlichen Akt der Zeugung ergibt".

Linie zu des Kindes Nutzen und Gunsten geschaffen wurde. Aber: lex ita scripta est.

Die Einwirkung anderer auf den Status des Kindes ist, wie gezeigt, nicht nur dadurch eingeschränkt, daß keinem anderen als dem Ehemanne das Anfechtungsrecht zusteht, sondern auch dadurch, daß – abgesehen von dem unter den besonderen Bedingungen erfolgten Tode des Ehemannes — das Dritten zustehende Recht der Geltendmachung erst nach der Anfechtung durch den Ehemann ausgeübt werden kann, § 1593. Hiernach müßte mit der Anfechtung, also vom Augenblick der Erhebung der Anfechtungsklage an, die Geltendmachung der Unehelichkeit zulässig sein. Das Gesetz hat indessen bestimmt, daß vor der Erledigung des Rechtsstreits die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden kann, § 1596 Abs. 3. Der Zweck dieser Bestimmung ist, eine im allgemeinen Interesse liegende einheitliche Feststellung der Rechtsverhältnisse des Kindes, für die nur ein rechtskräftiges Urteil, nicht aber schon eine lediglich den zu entscheidenden Rechtsstreit einleitende Prozeßhandlung grundlegend sein kann, zu erzielen. Daher sind andere die Ehelichkeit oder Unehelichkeit des Kindes betreffenden Prozesse auf Antrag, eventuell nach § 148 ZPO. von Amtswegen[1]) bis zur endgültigen Entscheidung des Statusprozesses auszusetzen[2]). Bis dahin bleibt das Kind im uneingeschränkten Besitz der sich aus seiner ehelichen Geburt ergebenden Rechte; es wird mit dem Familiennamen des Ehemannes seiner Mutter als eheliches in das Geburtsregister eingetragen, steht unter der elterlichen Gewalt des Ehemannes und hat gegen ihn Anspruch auf Unterhalt. Der Ehemann ist also als präsumierter Vater trotz der Erhebung der An-

1) Vgl. Reichsgerichtsräte Commentar. § 1596 Note 2.
2) Vgl. §§ 153, 152 ZPO.

fechtungsklage bis zu deren Erledigung dem Kinde unterhaltspflichtig; andernfalls würde dieses ja während des Statusprozesses weder gegen seinen Erzeuger noch gegen den Ehemann einen durchführbaren Unterhaltsanspruch haben. Ergeht dann aber das Urteil auf Unehelichkeit des Kindes, so ist dadurch festgestellt, daß in Wahrheit niemals ein verwandtschaftliches und daher unterstützungspflichtiges Verhältnis zwischen den Parteien bestanden hat. Die Präsumtion des § 1591 Abs. 2 ist dadurch beseitigt, weshalb nun nach rückwärts hin auch alle die sich aus der vermuteten Ehelichkeit ergebenden Wirkungen in Fortfall kommen. So werden Rechtsgeschäfte dritter Personen mit dem Kinde, die der Vater als gesetzlicher Vertreter des Kindes für dieses abgeschlossen hat, nach rückwärts hinfällig. Der Ehemann kann im obigen Falle nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung die Herausgabe der geleisteten Unterhaltssumme vom Kinde verlangen, während dieses den vollen Unterhaltsanspruch von seiner Geburt an gegen seinen Erzeuger hat [1]).

Als unzulässige Geltendmachung der Unehelichkeit vor Beendigung des Statusprozesses würde es auch anzusehen sein, wenn etwa das Vormundschaftsgericht mit der Begründung, daß das Kind z. B. wegen jahrelanger Abwesenheit des Ehemannes offenbar unmöglich von diesem empfangen sein könne, und daher gemäß § 1591 I, 2 unehelich sei, von sich aus unter Bezug auf § 12 FGG. Ermittelungen über die Erzeugung des Kindes veranstalten und nach Feststellung der außerehelichen Erzeugung ihm wegen Unehelichkeit einen Vormund bestellen würde. Diese Vormundsbestellung ist unstatthaft, da sie das dem Ehemanne in § 1593 garantierte uneingeschränkte Bestimmungsrecht über den Personenstand des Kindes in hohem Maße beeinträchtigt, indem die

1) Ebenso Dernburg, § 66, Note VI.

den Ehemann vielleicht zur Nichtanfechtung bestimmende Möglichkeit, das Kind durch Duldung in seiner Familie vor der Welt als eheliches erscheinen zu lassen, durch die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts vereitelt wird. Diese Beeinträchtigung besteht sowohl vor wie nach der Erhebung der Anfechtungsklage, da auch noch nach der Anfechtung der Ehemann mit Durchführung der Klage einerseits, mit Anerkennung oder Klagezurücknahme andererseits die Feststellung des Personenstandes des Kindes ganz allein in seiner Hand hat und haben soll. Bis zur rechtskräftigen Feststellung der Unehelichkeit ist das Kind ehelich; es liegt also zum Einschreiten des Vormundschaftsgerichts von Amtswegen kein Grund vor. Allerdings wird das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Ehemannes in Tätigkeit treten müssen, um dem Kinde für den Statusprozeß einen Vertreter zu bestellen; aber nicht etwa einen Vormund, weil das Kind unehelich sei und als solches von seiner Mutter nicht ohne weiteres vertreten werden könne, sondern einen Pfleger gemäß § 1909 BGB., da der Präsumtivvater als Prozeßgegner, die Mutter als dessen Ehefrau in dem Rechtsstreit gegen ihr eheliches Kind dieses nicht vertreten können [1]).

§ 8.

Aus der monokratischen Stellung des Ehemannes bezüglich der in seiner Ehe geborenen Kinder folgt, daß, wenn er sich weigert, die Ehelichkeit des von einem Dritten mit seiner Ehefrau erzeugten Kindes anzufechten, das Kind unabänderlich das eheliche Kind des Ehemannes ist und gegen seinen Erzeuger keinerlei Ansprüche geltend machen kann [2]). In einer gleich mißlichen Lage befindet sich das Kind, wenn

1) BGB. §§ 181, 1630, 1795.
2) Vgl. Seuffert 58, 240.

der Ehemann abwesend ist, von der Geburt nichts weiß und deswegen die Anfechtung der Ehelichkeit unterbleibt. In diesem Falle entbehrt das Kind nicht nur des ihm von seinem ehelichen Vater zu leistenden Unterhalts, sondern es kann auch gegen seinen wirklichen Erzeuger nicht vorgehen. Unser Kriegskind, bei dem die gleichen Umstände vorliegen, ist nun wenigstens insofern besser gestellt, als ihm infolge seiner — wenn auch präsumierten — Ehelichkeit nach dem Gesetze betreffend die Unterstützung von Familien in den Dienst eingetretener Mannschaften vom 28. II. 1888 ein unbedingter Anspruch auf Kriegsunterstützung zusteht, während, wenn es — der Wirklichkeit entsprechend — unehelich wäre, dieser Anspruch bei Nichtkriegsteilnehmereigenschaft des Erzeugers ja gar nicht gegeben, bei Kriegsteilnehmereigenschaft aber zweifelhaft wäre, da das Kriegsunterstützungsgesetz vom 4. August 1914 die staatliche Unterstützung der Unehelichen davon abhängig macht, daß die Verpflichtung des Erzeugers zur Gewährung des Unterhalts festgestellt ist, und zwar entweder rechtswirksam durch Urteil oder Anerkennung der Vaterschaft oder wenigstens doch tatsächlich durch regelmäßig erfolgte Leistung der Unterhaltsbeiträge seitens des Erzeugers [1]). Da das Kind so durch den Genuß der Vorteile seiner ehelichen Geburt zunächst vor dem Ärgsten bewahrt bleibt, ist es für die Mutter am ratsamsten, ihren Ehemann über die Geburt des Kriegskindes vorläufig in Unkenntnis zu lassen oder ihm das Eintreffen des Neuankömmlings nur dann mitzuteilen, wenn wegen des an sich lockeren Familienlebens und günstiger Aussichten auf Erlangung angemessener Unterhaltskosten vom Erzeuger die Anfechtung des Kindes durch den Ehemann zu erwarten ist. In anderen Fällen,

1) Vgl. auch Rundschreiben des Reichskanzlers an die Bundesregierungen vom 27. Februar 1915.

insbesondere dann, wenn wegen Zweifel über die Person des Erzeugers die Unterhaltsklage des Kindes aussichtslos ist, oder gegen Kriegsteilnehmer wegen des Schutzgesetzes vom 4. August 1914 doch nicht durchgeführt werden kann, wird die Benachrichtigung an den Ehemann besser unterbleiben. Es besteht dann immer noch die Möglichkeit, daß der Ehemann bei seiner Rückkehr, um den skandalösen Anfechtungsprozeß zu vermeiden, es bei der Ehelichkeit des nun vielleicht schon lange zu seiner Familie gehörenden Kindes bewenden läßt. Ganz abgesehen hiervon können dem Kinde Nachteile irgend welcher Art aus dem Unterbleiben der Benachrichtigung nicht entstehen. Denn einerseits kann der Ehemann wegen der fehlenden Kenntnis von der Geburt des Kindes sein Anfechtungsrecht nicht verlieren, also später, nach dem er sie erfahren hat, immer noch anfechten und dadurch die Voraussetzungen der Unterhaltsklage schaffen. Andererseits wird auch der Unterhaltsanspruch gegen den Erzeuger in keiner Weise geschmälert, da bezüglich zukünftiger Leistungen dieser Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältnis der Verjährung nicht unterliegt, § 194 II BGB., ferner aber auch die Verjährung des dem Kinde gemäß § 1711 BGB. zustehenden Anspruchs auf rückständige Unterhaltsbeiträge nach extensiver Gesetzesauslegung des § 200 BGB. erst mit der Ausübung des Anfechtungsrechtes durch den Ehemann beginnt, weil es sich um eine sich auf ein familenrechtliches Verhältnis beziehende Anfechtung handelt.

Erlangt der Ehemann aber Kenntnis von der Geburt des Kindes, so muß er innerhalb der Ausschlußfrist von einem Jahre die Ehelichkeit anfechten, wenn er das Kind nicht als das seinige gelten lassen will[1]). Vorwürfe des

1) Für den Präsumtivvater des Kriegskindes erlischt gemäß § 8 des Kriegsteilnehmerschutzgesetzes vom 4. August 1914 das Anfechtungs-

Ehemannes an die Frau wegen ihrer Treulosigkeit, Erklärungen, daß er nicht der Vater des Kindes sei und von beiden, Kind und Mutter nichts wissen wolle, vermögen die Rechtsfolgen, die durch nicht ordnungsmäßig erfolgte Anfechtung eintreten, nicht zu verhindern [1]). Sicht er aber die Ehelichkeit des Kindes form- und fristgerecht durch Erhebung der Anfechtungsklage an, so wird dies, besonders wenn er selber ein armer Schlucker, der Erzeuger des Kindes aber ein reicher Mann ist, den Interessen des Kindes oft am meisten entsprechen. Die Unehelichkeit des Kindes wird dann im Prozeß mit Wirkung für und gegen alle festgestellt und das Kind kann nunmehr die Unterhaltsklage gegen seinen Erzeuger erheben. Es gilt dann als von seiner Geburt an unehelich. Aber besser gesicherte Lebensmöglichkeit bei Unehelichkeit als Untergang oder Verkümmerung bei Ehelichkeit.

Die Möglichkeit, die Lage des Kindes zu verbessern, entfällt, wenn der Ehemann aus irgend welchen Gründen seine Familie verlassen hat und sich in unbekannter Abwesenheit befindet; also auch, wenn der Krieger vermißt wird. Hier kann der Ehemann von der Geburt des Kindes überhaupt nicht benachrichtigt werden; er kann daher auch nicht anfechten, selbst wenn er bei Kenntnis der Sachlage von seinem Anfechtungsrecht unzweifelhaft Gebrauch machen

recht erst mit dem Ablauf eines Jahres seit Beendigung des Kriegszustandes oder seiner Kriegsteilnehmereigenschaft.

1) Vgl. den bei Bernhöft, S. 158 erzählten Fall: Eine Frau gebar kurz nach der Hochzeit ein Kind. Der Mann welcher wußte, daß es nicht von ihm stammen könne, geriet darüber in Verzweiflung, und, statt sofort die Ehelichkeit anzufechten, ging er außer Landes an einen unbekannten Aufenthaltsort. Die Frau verlangte darauf von den Eltern des Mannes Unterhalt für das Kind, und diese mußten verurteilt werden, obgleich sie zweifellos hätten beweisen können, daß das Kind nicht von dem Manne stammte.

würde. Da durch die in der unbekannten Abwesenheit begründete Unmöglichkeit der Anfechtung dem Ehemann unberechtigte Vaterpflichten entstehen, läge es nahe, zu seinem Schutze einen Abwesenheitspfleger zu bestellen und durch ihn die Anfechtungserklärung vornehmen zu lassen. Dadurch wäre auch der Sache des Kindes in erheblichem Maße gedient. Doch es fragt sich zunächst, ob das Anfechtungsrecht des Ehemannes eine Vertretung überhaupt zuläßt und ferner, ob die Fürsorge eines Abwesenheitspflegers soweit geht, daß er derart wichtige persönliche Rechtshandlungen wie die Anfechtung der Ehelichkeit für seinen Pflegebefohlenen vornehmen kann. Im römischen Recht bestanden bezüglich des ersten Punktes keinerlei Vorschriften. Hinsichtlich des Wirkungskreises des Abwesenheitskurators galt der Grundsatz: curator absentis bonis datur. Indessen — so sagen viele — habe sich nach allgemeiner Ansicht die Abwesenheitskuratel im gemeinen Rechte dahin entwickelt, daß sie nicht nur eine Verwaltung des Vermögens, sondern allgemein eine Stellvertretung des Abwesenden darstelle, wobei jedoch streitig bliebe, ob sich diese Stellvertretungsbefugnis lediglich auf die vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Abwesenden beschränke. Wenn dies auch anzunehmen wäre, so folge daraus dennoch nicht, daß der curator nicht berechtigt sei, für den Abwesenden die Statusklage zu führen, weil bei den engen Beziehungen der Statusverhältnisse zu den vermögensrechtlichen Verhältnissen die Feststellung von Statusrechten gerade für die vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Abwesenden regelmäßig von erheblichster Bedeutung sei[1]). Aus diesem Grunde kommt Richter[2]) auch für das heutige

1) Vgl. Seuffert 42, 275.
2) Richter S. 80.

Recht insoweit zu einer Befugnis des Pflegers, für den Abwesenden Personenstandsklagen anzustrengen, als dessen vermögensrechtlichen Interessen dadurch berührt werden. Darnach würde die Erhebung der Statusklage durch den Abwesenheitspfleger stets zulässig sein, da infolge der Nichtanfechtung der Abwesende als präsumtiver Vater unterhaltspflichtig, also in seinem Vermögen sehr stark getroffen wird.

Der Meinung Richters ist für das geltende Recht nicht beizutreten, wenn auf diesem Wege auch oft große Härten gegen das Kind beseitigt werden könnten. Im preußischen Recht, daß den einschlägigen Bestimmungen des BGB. zugrunde gelegt ist, ist die Frage über die Vertretungsbefugnis des Abwesenheitskurators bei Erhebung der Anfechtungsklage des abwesenden Ehemannes sehr streitig. Hier ist jedoch bei der Beschränkung des Anfechtungsrechtes auf den Ehemann, bei der Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit dieses Rechtes (ius personalissimus) dem Abwesenheitskurator die Anfechtungsbefugnis abzusprechen [1]). Das Gleiche gilt für das heutige bürgerliche Recht. Zunächst bestimmt § 1595 I 1 BGB. ganz allgemein, daß die Anfechtung der Ehelichkeit nicht durch einen Vertreter erfolgen kann. Das Anfechtungsrecht ist darnach derart an die Person des Ehemanns gebunden, und seiner eigenen freien Entschließung überlassen, daß diese durch eine andere Person, selbst bei beschränkter Geschäftsfähigkeit [2]) des Ehemannes, nicht rechtswirksam vorgenommen werden kann [3]). Nur wenn der

1) Ebenso OTE. 8, 320; Förster-Eccius Bd. IV, S. 136; Stobbe S. 381; dagegen Bornemann S. 274 ff.; vgl. auch RGE. 30, 67.

2) Der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte bedarf zur Anfechtung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, ist in dem Anfechtungsprozeß auch unbeschränkt prozeßfähig, vgl. BGB. § 1595, I 2, und ZPO. § 641, I 1.

3) Das betrifft natürlich nur die Vertretung im Willen — durch

Ehemann zu der eigenen freien Willensentschließung nicht in der Lage, also geschäftsunfähig ist, kann natürlich auch von einer Anfechtung durch ihn nicht die Rede sein. In diesem Falle kann sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Ehelichkeit anfechten, § 1595 II, 1. Auch aus der Vorschrift des § 1911 BGB. ergibt sich die Nichtberechtigung des Abwesenheitspflegers zur Erhebung und Führung des Anfechtungsprozesses für den abwesenden Ehemann. Diese Vorschrift beschränkt die Vertretungsmacht des Abwesenheitspflegers lediglich auf die Vermögensangelegenheiten des Abwesenden, und wenn die Ausübung des Anfechtungsrechts bei erfolgreicher Durchführung auch wichtige vermögensrechtliche Wirkungen äußern mag, so bildet sie doch ihrem Wesen nach und in der Hauptsache ein Mittel zur Klarstellung der Statusverhältnisse[1]). Durch die Bestellung eines Abwesenheitspflegers ist nach geltendem Recht dem Kinde also nicht zu helfen. Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, welches die schwierige Lage und das meist große Schutzbedürfnis des Kindes in solchen Fällen erkannte, hat dieser Erkenntnis Rechnung getragen, indem es bestimmte: „Ist der Ehemann . . . unbekannten Aufenthalts oder ist es aus anderen Gründen nicht möglich, ihm die Geburt mitzuteilen, so kann jeder Mann, der neben oder hinter dem Kinde erbberechtigt ist, binnen 3 Monaten, nachdem er von der Geburt Kenntnis erhalten hat, also mit der gleichen zeitlichen Begrenzung

gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreter —, nicht dagegen die Vertretung in der Erklärung des Willens, wie z. B. den zur Führung des Anfechtungsprozesses mit Spezialvollmacht (§§ 641, I, 613 ZPO.) ausgestatteten Anwalt.

1) Gleicher Ansicht Staudinger § 1595, Note 1 a, Neumann S. 211, Note 2.

wie sonst der Ehemann, die Ehelichkeit anfechten“ [1]). Durch diese Vorschrift ist dem Kinde der Weg für die Unterhaltsklage freigegeben.

In den Fällen, wo über die Person des außerehelichen Erzeugers keinerlei Zweifel bestehen, wird es vorkommen, daß dieser seine Verpflichtung zur Unterhaltszahlung gleich nach der Geburt des Kindes anzuerkennen bereit ist. Der rechtswirksamen Begründung einer solchen Verpflichtung, die natürlich nur für den Fall der rechtskräftig festgestellten Unehelichkeit des von ihm erzeugten Kindes zur Entstehung gelangt, stehen Bedenken nicht entgegen. Der Erzeuger braucht nur mit dem gesetzlichen Vertreter des Kindes einen schriftlichen Schuldversprechensvertrag gemäß § 780 BGB. zu schließen. Dieses ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes und mit beabsichtigter Abstraktion von diesem lediglich unter der aufschiebenden Bedingung der erfolgreichen Anfechtung abgegebene Schuldversprechen ist bindend, verstößt auch nicht gegen die Vorschrift des § 1593, da ja von einer Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes gar keine Rede ist.

Fraglicher ist es schon, ob die unter der Bedingung rechtskräftig festgestellter Unehelichkeit in einer öffentlichen, z. B. notariellen Urkunde erfolgte Vaterschaftsanerkennung nebst Unterhaltsverpflichtung gültig und bindend ist. Zunächst ist es zweifelhaft, ob die Vaterschaftsanerkennung überhaupt unter einer Bedingung erfolgen kann. Die Vaterschaftsanerkennung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, da sie außer dem Zugeben der außerehelichen Beiwohnung in der Empfängniszeit zugleich die Willensäußerung, die aus der erfolgreichen Beiwohnung entstehenden privatrechtlichen Folgen

1) Vgl. Art. 256 I und 253.

auf sich zu nehmen, enthält. Sie ist ferner ein nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Das ergibt sich daraus, daß die zweite Kommission die Einschränkung, daß das Anerkenntnis dem Vormunde, der Mutter oder einer Behörde gegenüber abgegeben sein müsse [1]), ausdrücklich abgelehnt hat. Sonach unterliegt die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft den allgemeinen für einseitige, nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte geltenden Grundsätzen [2]). Daher kann die Anerkennung auch gemäß § 158 BGB. unter einer Bedingung erfolgen [3]). Auch spricht für diese Ansicht, daß es im Gesetz bei den Vorschriften über die Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde an einer dem § 1598 II entsprechenden Bestimmung fehlt. Wenn diese Vorschrift die bedingte Anerkennung ehelicher Kinder besonders ausschließt, so hätte das Gesetz, wenn es auch die Anerkennung unehelicher Kinder unter einer Bedingung nicht zulassen wollte, eine ebensolche Bestimmung treffen müssen; das ist aber nirgends geschehen.

Fernerhin bestehen aber auch Bedenken darüber, ob denn nicht die in der notariellen Urkunde erfolgte Vaterschaftsanerkennung und Zahlungsverpflichtung eine gemäß § 1593 vor erfolgter Anfechtung der Ehelichkeit durch den Ehemann unzulässige Geltendmachung der Unehelichkeit enthält, die gemäß § 134 BGB. den ganzen notariellen Vertrag nichtig macht. Bei der Beurteilung dieser Frage kommt es auf die Auslegung des Begriffes „Geltendmachung der Unehelichkeit" an, und zwar wird zu unterscheiden sein, ob Geltendmachung lediglich anspruchsweise Behauptung der Un-

1) Vgl. Prot. S. 680.

2) BGB. Buch 1, Abschnitt 3.

3) Ebenso Planck § 1718, Note 4; Neumann § 1718, II 2a; anderer Ansicht Staudinger § 1718, 4a.

ehelichkeit bedeutet, oder ob überhaupt schon jede, wenn auch lediglich verpflichtende Wirkungen äußernde Bezugnahme auf die Unehelichkeit darunter zu verstehen ist. Der Zweck der Vorschrift des § 1593 ist, die Einwirkung anderer auf den Personenstand des Kindes oder vielmehr auf das Statusbestimmungsrecht des Ehemannes auszuschließen. Nun kann aber wohl niemand füglich behaupten, daß in der Vaterschaftsanerkennung des Erzeugers eine Einschränkung oder auch nur Beeinflussung des Bestimmungsrechts des Ehemannes, der von jener Verpflichtung gar nichts zu wissen braucht, gelegen ist. Erst nach seinem Entschluß über die Ausübung seines Anfechtungsrechtes und nach der rechtskräftigen Feststellung des Status tritt die Vaterschaftsanerkennung in Erscheinung, und erst mit diesem Augenblick entsteht die Unterhaltsverpflichtung, die sich dann allerdings, wie gezeigt, auf die ganze Zeit seit der Geburt des Kindes erstreckt. Eine solche notarielle Verpflichtung des Erzeugers kann dem Kinde späterhin sehr wohl von Nutzen sein.

Eine noch weitergehende Auslegung des Ausdrucks „Geltendmachung" der Unehelichkeit erachtet die Erwirkung von Sicherungsmaßregeln für die Unterhaltsforderungen des Kindes, insbesondere den Arrest wegen dieser Forderung, nicht als Geltendmachung der Unehelichkeit, und erklärt daher den Arrest vor Rechtskraft des Statusurteils für zulässig [1]). Jene Ansicht wird vertreten in einem Fall, wo es sich allerdings um Einlegung eines Arrestes *nach* Anfechtung durch den Ehemann handelt. Da aber nach dem Gesetze die Unehelichkeit überhaupt nicht vor dem rechtskräftigen Erkenntnis, also ebensowenig vor wie nach der Anfechtung geltend gemacht werden darf, so ist das Prinzip hier wie

1) Vgl. Zeitschrift für Deutsche Justizsekretäre, 21. Jahrgang, Nr. 7, S. 130.

dort das gleiche. Indessen ist hier wie dort der Arrest unzulässig. Ganz abgesehen davon, daß es Willkür ist, die anspruchsweise Sicherung der auf der Unehelichkeit beruhenden Unterhaltsforderung durch Arrest nicht als Geltendmachung der Unehelichkeit zu bezeichnen, ist es kaum angängig, den Anspruch des Kindes, der auch noch nach erfolgter Klageerhebung von dem völlig freien Ermessen des Ehemannes abhängig ist[1]), als einen den Arrest zulassenden bedingten Anspruch im Sinne des § 916 II ZPO. anzusehen; man wird vielmehr sagen müssen, daß dieser bedingte Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert überhaupt nicht darstellt, und folgeweise die Zulässigkeit des Arrestes ausschließt. Wenn somit nach erfolgter Anfechtung bis zur Rechtskraft des Urteils der Arrest unzulässig ist, so ist er es umsomehr, wenn, wie in unserm Falle, wegen der Abwesenheit des Ehemannes die Anfechtungsklage überhaupt noch nicht erhoben ist. Also auch auf diese Weise ist dem Kinde nicht zu helfen.

Zu Lebzeiten des Ehemannes gibt es also, wenn er die Anfechtungsklage nicht erhebt, überhaupt kein Mittel, für das Kind die Ansprüche gegen seinen Erzeuger durchzusetzen. Eine wesentliche Veränderung erfährt die Rechtslage, wenn der Ehemann stirbt, also z. B. unser Krieger fällt. Jedoch ist, wie bereits hervorgehoben, der Tod des Mannes auf den Status des Kindes nur dann von Bedeutung, wenn er eingetreten ist zu der Zeit, als der Mann sein Anfechtungsrecht noch nicht verloren hatte. In diesem Falle können auch beliebige Dritte, die an der Unehelichkeit des Kindes ein Interesse haben, — ebenso wie nach Fest-

1) Er kann auch noch nach Klageerhebung durch Anerkennung oder Klagezurücknahme die Ehelichkeit des Kindes herbeiführen § 1596 BGB.

stellung der Unehelichkeit im Statusprozeß — die Unehelichkeit geltend machen, § 1593 BGB., und zwar ohne jede zeitliche Begrenzung. Zu solchen Interessenten gehören vor allen das Kind bezüglich seiner Alimentationsforderung gegen den Erzeuger, ferner z. B. die Verwandten des Mannes, wenn vor oder neben ihnen das Kind die Eltern des Mannes beerben würde. Die Geltendmachung erfolgt nach Maßgabe der allgemeinen Prozeßvorschriften; sie kann daher gemäß § 256 ZPO. insbesondere zum Gegenstand der gerichtlichen Feststellung im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden, — wobei natürlich der Kläger, was indes regelmäßig leicht sein wird, sein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung der Unehelichkeit nachweisen muß[1]) —, oder als klagebegründende Behauptung bei der Geltendmachung eines von der Unehelichkeit des Kindes abhängigen Anspruchs oder verteidigungsweise bei der Bestreitung einer durch die Ehelichkeit bedingten Verpflichtung vorgebracht werden. Nicht sind für einen solchen Prozeß die für den Anfechtungsprozeß geltenden besonderen Vorschriften der §§ 640 ff. ZPO. maßgebend, da es sich gar nicht um einen Rechtsstreit zwischen einem Elternteil und dem Kinde, sondern stets um Prozesse einer dieser beiden Parteien gegen

1) Nach Ansicht des Kammergerichts (OLG. 3, 191) steht in einem solchen Falle dem unehelichen Erzeuger des Kindes das Recht zur Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes nicht zu, weil er durch die Tatsache, daß das Kind als ehelich gilt, in seinem Rechte nicht verletzt werde. Mir scheint indes, daß schon mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Ehelichkeitserklärung und ihre rechtlichen Folgen der uneheliche Vater ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Unehelichkeit des Kindes hat; ebenso Planck § 1593 Bem. 3; anderer Ansicht Reichsgerichtsräte-Commentar § 1593 Bem. 3. — Das Interesse der Mutter an der Unterhaltszahlung an das Kind berechtigt sie nicht zur Feststellungsklage gegen das Kind, weil dem in diesem Rechtsstreit ergehenden Urteile keine Rechtskraft gegenüber dem unehelichen Vater zukommen würde, vgl. OLG. 12, 318.

Dritte, z. B. den Erzeuger oder Verwandte des Kindes handelt. In diesen Fällen wirkt die gerichtliche Entscheidung gemäß dem allgemeinen Prozeßgrundsatz: judicium jus facit inter partes — nur zwischen den Parteien.

Aus der Vorschrift des § 18 BGB., wonach die Todeserklärung eines Menschen die Vermutung begründet, daß er in dem Zeitpunkt gestorben sei, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist, ergibt sich, daß die Geltendmachung der Unehelichkeit durch Dritte auch zulässig ist, wenn der Ehemann, ohne sein Anfechtungsrecht verloren zu haben, für tot erklärt ist. Die Verbindung dieser beiden Bestimmungen (§ 1593 und § 18 BGB.) kann für das Kind insofern von Wichtigkeit sein, als für den gegenwärtigen Krieg die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Todeserklärung infolge Kriegsverschollenheit (§§ 15, 18 BGB.) durch die Bundesratsverordnung über die Todeserklärung Kriegsverschollener vom 18. April 1916 [1]) abgeändert und zwar wesentlich erleichtert sind, so, daß die Todeserklärung eines vermißten Kriegers bereits erfolgen kann, wenn von seinem Leben ein Jahr lang keine Nachricht eingegangen ist [2]). Hatte beispielsweise die Kriegerfrau das von einem Dritten erzeugte Kind im Juli 1915 geboren, und wurde etwa ihr im Felde stehender Mann seit dem 1. August 1915 vermißt, ohne daß er vorher die Geburt des Kindes erfahren hatte, so kann die Ehefrau bereits am 1. August 1916 mit dem Antrage, diesen Tag als Todestag in das Ausschlußurteil aufzunehmen, die Todeserklärung ihres Mannes erwirken und nach Rechtskraft des Ausschlußurteils für ihr Kind dessen Unehelichkeit zum Zwecke der Unterhaltsklage gegen

1) Reichsgesetzblatt 1916 No. 77, S. 296 ff.
2) § 10. a. a. O.

den Erzeuger geltend machen. Ist der Mann seit einem besonderen Kriegsereignis, z. B. seit einem Gefecht oder Patrouillengang vermißt, so ist der Zeitpunkt dieses Ereignisses als vermuteter Todestag im Ausschlußurteil festzusetzen, es sei denn, daß die Ermittlungen die Annahme rechtfertigen, der Verschollene habe das Ereignis überlebt [1]). Auf diese Weise kann also, wenn der Ehemann vermißt ist, nach verhältnismäßig kurzer Zeit gegen den Erzeuger des Kindes vorgegangen werden, während bei der allgemeinen unbekannten Abwesenheit eines Nichtkriegsteilnehmers ein derartiges Vorgehen wegen der erst nach 10 jähriger Verschollenheit zulässigen Todeserklärung (§§ 13 ff. BGB.) zwecklos ist.

Im obigen Falle lag der vermutete Todestag des Ehemannes zeitlich hinter der Geburt des Kindes, die Geburt fiel also in die Ehe. Ist die Geburt innerhalb 302 Tagen nach dem vermuteten Tode des Ehemannes erfolgt, so wird das Kind ebenfalls als eheliches geboren, da gemäß § 1591 auf Grund der — wenn auch nur teilweise — in die Ehe fallenden Empfängniszeit die Ehelichkeit vermutet wird. Fraglich aber kann der Status des Kindes sein, wenn es später als 302 Tage nach dem vermuteten Todestage des Ehemannes geboren oder gar erst empfangen ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Entscheidung jener anderen ab, welchen Einfluß die Todeserklärung eines Ehegatten auf die Ehe hat. Löst sie die Ehe auf, so sind alle später als 302 Tage nach dem vermuteten Todestag geborenen Kinder ohne weiteres unehelich. Bleibt aber die Ehe trotz Todeserklärung des einen Ehegatten bestehen, so werden, nachdem der Ehemann längst gestorben sein wird, jedenfalls sein Tod angenommen wird, von dessen Ehefrau

1) § 2 a. a. O.

immer noch eheliche Kinder geboren. Diese letzte Ansicht, so sonderbar sie auch klingt, ist in der Praxis vertreten und vom Kammergericht in einem Beschluß vom 2. August 1902[1]) als zutreffend anerkannt. Gestützt wird diese Anschauung auf die Bestimmung des § 1348 II, 1, welche besagt, daß im Falle der Todeserklärung eines Ehegatten *mit der Schließung der neuen Ehe* die frühere Ehe aufgelöst ist. Folglich, so sagt das Kammergericht, endige die Ehe erst in diesem Zeitpunkte, und nicht schon mit der früheren Todeserklärung. Durch jene Sonderbestimmung über die Einwirkung der Todeserklärung eines Ehegatten auf den Bestand der Ehe werde die allgemeine Vorschrift des § 18 BGB., wonach der wirkliche Tod des für tot Erklärten und daher die Auflösung der Ehe in dem im Ausschlußurteil angegebenen Zeitpunkte vermutet wird, ausgeschlossen. Erst mit der Schließung einer neuen Ehe oder durch den Nachweis des wirklichen Todestages werde die Ehe aufgelöst. Bis dahin aber bestehe sie fort, sämtliche bis dahin von der Ehefrau geborenen Kinder seien also in der Ehe geboren und daher ehelich. Der gleichen Ansicht ist Boschan[2]), ihn führt sie zu dem „mißlichen Ergebnis", daß, da jedes nach der Todeserklärung von der Ehefrau geborene Kind als ehelicher Abkömmling — ungeachtet § 1923 I BGB. — gesetzlicher Erbe des Ehemannes ist[3]), bei jeder neuen Geburt eines Kindes der Erbschein einzuziehen (§ 2361) und jedes Mal in dem neuen das jüngstgeborene Kind als Miterbe mitaufzuführen ist[4]).

Die Ansicht des Kammergerichts, daß § 18 für das

1) Vgl. OLE. 6, 153.

2) Vgl. Deutsche Juristenzeitung, Jahrg. 8, 1903, S. 77.

3) BGB. § 1924.

4) Vgl. zu diesem Falle Neubecker in D. J. Z., Jahrg. 8, 1903, S. 101.

Eherecht durch § 1348 ausgeschlossen würde, beruht meines Erachtens auf einer Verkennung des Verhältnisses der beiden Bestimmungen. Die Vorschrift des § 18 ist von uneingeschränkter Gültigkeit für alle Rechtsmaterien. Als man in der 2. Kommission[1]) den § 1235 des 1. Entwurfes zum BGB., der die Geltung der Vermutung des § 18 für die Ehe besonders hervorhob, beriet, wurde diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen. Eine weitere Bestätigung und zugleich Erweiterung des § 18 im Gebiete des Eherechts enthalten die §§ 1420 und 1425 BGB., wonach mit dem in der Todeserklärung festgestellten Zeitpunkte die Verwaltung und Nutznießung des Mannes endet, selbst für den Fall, wo die Vermutung, daß er in jenem Zeitpunkt gestorben sei, sich als unrichtig erweist, wonach ferner, wenn der für tot erklärte Ehemann noch lebt, die Wiederherstellung seiner Rechte nur auf dem besonderen Wege der Klage erfolgen kann. Eine ebensolche Erweiterung des Grundsatzes des § 18 in einem Falle wo sich das Fortleben des für tot Erklärten später herausstellt, enthält § 1348 BGB. Ohne diese Bestimmung, also bei alleiniger Anwendung des § 18, müßte, wenn das Fortleben des Ehegatten im Zeitpunkt der Wiederverheiratung des anderen Ehegatten erwiesen würde, die neue Ehe nach § 1326 nichtig sein. Mit dem § 1348 I ist nun der Todeserklärung die weitere Wirkung beigelegt, den in dem Fortleben des Verschollenen Ehegatten beruhenden Ehenichtigkeitsgrund in Wegfall zu bringen, oder richtiger, seine Entstehung zu unterbinden. Außerdem mußte aber, um nun die neue Ehe als eine gültige entstehen zu lassen, vorher die alte, die ja noch bestand, da beide Ehegatten lebten, beseitigt sein. Das geschah, indem

1) Vgl. Protokolle S. 23.

man bestimmte, daß zugleich mit dem Abschluß der neuen Ehe die frühere aufgelöst sein sollte § 1348 II 1. Durch diese Regelung hat man der neuen Ehe der Frau, die ja nicht zugleich Ehefrau beider lebender Männer sein kann, den Vorzug gegeben. Im § 1348 handelt es sich hiernach ausschließlich um den Fall, daß die Todeserklärung sich als unrichtig erweist, der Verschollene zur Zeit der Wiederverheiratung des anderen Ehegatten noch lebt[1]). Keinerlei Bestimmungen aber trifft der § 1348 für die Fälle, in denen der zurückgebliebene Ehegatte nicht wieder heiratet sowie für die in denen das Leben des Verschollenen zur Zeit der Wiederverheiratung nicht erwiesen ist. In solchen Fällen, wenn also der Verschollene nicht mehr lebt, oder man nicht weiß, daß er noch lebt, greift daher die Bestimmung des § 1348 nicht Platz, vielmehr bewendet es hier bei der allgemeinen Vorschrift des § 18. Die Ehe gilt also bereits durch die Todeserklärung für aufgelöst. Alle von der Ehefrau geborenen Kinder, die nach dem in dem Ausschlußurteil als Todestag angegebenen Zeitpunkt empfangen sind, gelten als unehelich, da in Folge der durch die Todeserklärung vermuteten Auflösung der Ehe das Kind nicht als während der Ehe empfangen bezw. geboren gilt. Der Tod wird aber nur „vermutet". Durch den Gegenbeweis wird diese Vermutung widerlegt. Wird der Gegenbeweis durch Rückkehr des Ehemannes oder Aufhebung der Todeserklärung erbracht, so kommt die durch die Todeserklärung begründete Vermutung in Wegfall. Die Ehe gilt für fortbestehend. Sämtliche Kinder der Ehefrau kommen daher als eheliche zur Welt. Hier kann, ebenso wie dann, wenn der Geburts-

1) In denen dem § 1348 zugrunde liegenden Bestimmungen — Entwurf 1 § 1464 und Entwurf 2 § 1482 (Protokolle S. 453) — ist das Fortleben des Verschollenen wörtlich ausgedrückt.

tag des Kindes vor dem im Ausschlußurteil festgesetzten Todestage — oder innerhalb 302 Tagen nach diesem Zeitpunkt — liegt, die Unehelichkeit des Kindes gemäß § 1593 nur dann geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat, oder an seinem wirklichen bezw. vermuteten Todestage das Anfechtungsrecht noch nicht verloren hat[1]). Das Verhältnis der §§ 18 und 1348 ergibt sich hieraus mit aller Deutlichkeit. § 1348 ist nicht, wie das Kammergericht annimmt, eine Ausnahme vom Grundsatz des § 18, der nur bei Zweifeln über das Fortleben des Verschollenen klärend einsetzt, sondern § 1348 behandelt vielmehr jene Fälle, wo über das Fortleben des Verschollenen Zweifel nicht mehr bestehen, wo vielmehr sicher ist, daß der für tot Erklärte noch am Leben, die Todesvermutung des § 18 also widerlegt ist. § 18 wird also keineswegs in Bezug auf die Ehe durch § 1348 als Sondervorschrift ausgeschlossen, löst vielmehr mit dem vermuteten Todestage die Ehe auf, was das Gesetz auch dadurch zum Ausdruck bringt, daß infolge der Todeserklärung eines Ehegatten der Wiederverheiratung des anderen das Ehehindernis der Doppelehe (§ 1309 BGB.) nicht mehr entgegensteht[2]). Darnach ist das Kind ehelich:

1. wenn es vor dem im Ausschlußurteil als vermuteter Todestag festgestellten Zeitpunkte oder innerhalb 302 Tagen nach diesem Termin geboren ist,
2. stets, wenn der Mann zurückkehrt oder die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird.

Im ersteren Falle kann die Unehelichkeit des Kindes auch

1) Gleicher Ansicht Olshausen in Deutsche Jur. Ztg., Jahrg. 8, 1903, S. 149, sowie RGE. 60, 197.

2) Vgl. Motive, S. 19 ff.

geltend gemacht werden, ohne daß der Ehemann die Ehelichkeit angefochten hat, da der Mann, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, nach § 18 für gestorben gilt.

Das Kind ist unehelich, wenn es nach dem im Ausschlußurteil als Todestag festgestellten Zeitpunkte empfangen wird.

Es bleibt nunmehr noch eine Frage zu erörtern. In dem Falle wo der Ehemann gestorben oder für tot erklärt ist, ohne sein Anfechtungsrecht verloren zu haben, kann, wie gezeigt, nach den allgemeinen Vorschriften der Zivilprozeßordnung die Unehelichkeit des Kindes von jedem Interessenten geltend gemacht werden. Das in diesem Prozeß ergehende Urteil wirkt zwischen den Parteien. Hat z. B. das Kind in der Unterhaltsklage gegen seinen Erzeuger nachgewiesen, daß es wegen langjähriger Abwesenheit des Ehemannes seiner Mutter von diesem offenbar unmöglich empfangen sein kann, und ferner, daß der Beklagte in der gesetzlichen Empfängniszeit der Kindesmutter beigewohnt hat, so ist im Urteil zunächst festzustellen, daß das Kind gemäß § 1591 I 2 unehelich ist, sodann daß der Beklagte der Erzeuger des Kindes und ihm daher unterhaltspflichtig ist, es sei denn, daß er die Einrede der mehreren Beischläfer erfolgreich geltend machte. Auf die im Urteil festgestellte Unehelichkeit kann sich aber ein Dritter nicht berufen; das vom Erzeuger unterhaltene Kind erbt daher als vermutet eheliches Kind gleichmäßig mit den übrigen wirklichen ehelichen Kindern des Ehemannes. Wollen diese das Kind von der Erbschaft des Vaters ausschließen, so müssen sie ebenfalls die Unehelichkeit des Kindes klageweise geltend machen. Führen sie aber beispielsweise den Prozeß schlecht oder wird durch Versäumnisurteil die Klage abgewiesen, so gilt das dem Erzeuger gegenüber uneheliche Kind den Halbgeschwistern und allen Dritten

gegenüber als ehelich, trotzdem im Unterhaltsprozeß die Unehelichkeit wegen Unmöglichkeit der Abstammung vom Ehemann und auch die außereheliche Erzeugung vom Dritten festgestellt ist. Das Kind kann aber doch keinesfalls zugleich ehelich und unehelich sein. Welcher Personenstand steht ihm denn nun zu? Mit welchem Status ist es im Geburtsregister einzutragen? Das Oberste Landesgericht in München[1]) erklärt ein solches Kind für unehelich, mit folgender Begründung: Ist der Mann gestorben, ohne das Anfechtungsrecht verloren und ohne die rechtskräftige Feststellung der Unehelichkeit des Kindes erwirkt zu haben, so hängt die Ehelichkeit des Kindes lediglich davon ab, ob die Beiwohnungsvermutung des § 1591 II zutrifft. Das Kind gilt jetzt nicht mehr als ehelich, sondern es wird nur vermutet, daß es ehelich ist; es ist aber unehelich, wenn die Vermutung tatsächlich nicht zutrifft. Daher muß das Vormundschaftsgericht, so folgert das Kammergericht[2]) unter Billigung des obigen Standpunktes weiter, wenn begründeter Anhalt dafür besteht, daß der Mann nicht der Mutter beigewohnt hat, oder daß das Kind nicht aus der Beiwohnung des Mannes herrühren kann, gemäß § 12 FGG. die zur Feststellung der Tatsachen nötigen Ermittelungen veranstalten. Wird durch ihr Ergebnis die Vermutung der Ehelichkeit beseitigt, so muß das Gericht zu der Einleitung der Vormundschaft schreiten, da der unehelichen Mutter nicht wie der ehelichen, die elterliche Gewalt über das Kind zusteht. Für die Ansicht des Obersten Landesgerichts bietet das Gesetz wirkliche Stützen nicht. Woraus vor allem soll sich eine durch den Tod des Ehemannes eintretende Begriffs- und Umfangsveränderung der Vaterschaftsvermutung ergeben?

1) Beschluß vom 30. Dezember 1903, OLG. 8, 345.
2) Entscheidung vom 10. November 1911, OLG. 24, 21.

Das trifft doch nur für den Fall zu, wo der Tod des Ehemannes mehr als 302 Tage dem Tage der Geburt des Kindes vorangegangen ist, indem hier, da das Kind in der Ehe weder geboren ist noch empfangen sein kann, die Vaterschaftsvermutung gar nicht eintritt. Verwendbar für die Meinung des Obersten Landesgerichts ist lediglich die Vorschrift des § 1591 I 2, die ganz allgemein bestimmt, daß ein Kind, von dem nachgewiesen ist, daß es offenbar unmöglich vom Ehemann der Mutter empfangen sein kann, nicht ehelich ist. Diese Vorschrift will aber, wie ich das früher ausführte, sagen, daß ein solches Kind nicht ehelich bleibt; denn daß es, da es der Zeit nach in der Ehe empfangen sein kann, auf Grund von § 1591 Abs. 1 u. 2 als eheliches geboren wird, kann nicht zweifelhaft sein, da die bei der Geburt des Kindes oft noch gar nicht feststellbare Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann (z. B. bei Impotenz des Mannes) vorerst im Prozeß erwiesen werden muß und erst das daraufhin ergehende rechtskräftige Urteil, und nur dieses, die Unehelichkeit des Kindes herbeiführen kann. Das geschieht mit allgemeiner Wirkung durch den Anfechtungsprozeß des Ehemannes. Wird hierin der uneheliche Personenstand des Kindes rechtskräftig festgestellt, so erfolgt die gleiche Feststellung in dem für alle Familienrechtsverhältnisse zuständigen Standesamtsregister [1]), auf dessen Inhalt, da es öffentlichen Glauben genießt, sich jeder berufen kann. Die Kraft, die vermutete Ehelichkeit des Kindes mit allgemeiner, endgültiger Wirkung in Unehelichkeit zu verwandeln, wohnt aber nur dem im Anfechtungsprozeß ergangenen Urteil inne, nicht insbesondere dem Urteil, in dem die Unehelichkeit des Kindes mit Erfolg

1) Unter Vertauschung des Familienamenns des Ehemannes mit dem Mädchennamen der Mutter.

geltend gemacht wird. Ein solches Urteil vermag den allgemeinen Personenstand der Unehelichkeit eines Menschen nicht festzustellen. Es gibt nur dem Prozeßgegner die Möglichkeit, die ihm aus der erwiesenen Unehelichkeit des Kindes entstehenden Rechte zu verfolgen. Danach stellt die einem solchen Urteil innewohnende inter partes Wirkung eine einredeähnliche Beschränkung des Grundsatzes, daß ein offenbar unmöglich vom Ehemanne empfangenes Kind nicht ehelich sei (1591 I 2) dar, indem das Kind jedem sich auf die in einem solchen Prozeß rechtskräftig festgestellte Unehelichkeit berufenden Dritten mit Recht einwenden kann, daß er sich auf jene Feststellung nicht beziehen könne, es ihm gegenüber vielmehr auf Grund seiner Geburt ehelich sei. Die präsumierte Ehelichkeit des Kindes kann somit einzig und allein durch die Anfechtung des Mannes beseitigt werden. In allen andern Fällen, besonders also stets, wenn der Mann gestorben oder für tot erklärt ist, ehe er sein Anfechtungsrecht verloren hatte, ist eine allgemeine Feststellung der Unehelichkeit nicht mehr möglich. Sobald der Ehemann ohne Anfechtung gestorben ist, ist die bei der Geburt des Kindes in das Geburtsregister eingetragene Ehelichkeit endgültig gesichert, wenn auch in noch so vielen Prozessen seine Unehelichkeit zwischen den Prozeßparteien festgestellt wird. Diese Einheitlichkeit bezüglich des Personenstandes des Kindes ist sehr angebracht.

Die Frage nach dem Status des Kindes ist von besonderer Wichtigkeit für den Fall, daß das Kind nach dem Tode des Ehemannes gegen seinen Erzeuger mit der Unterhaltsklage vorgehen will. Selbst regelmäßig noch prozeßunfähig, bedarf es eines Prozeßvertreters. Nach dem Standpunkt des Kammergerichts, der das Kind für unehelich hält, ist der ihm bestellte Vormund der berufene Prozeßvertreter.

Nach meiner Ansicht, nach der das Kind ehelich ist, steht der Mutter vom Tode des Ehemannes an die elterliche Gewalt zu, ist die Mutter also berechtigte Vertreterin[1]). In Übereinstimmung mit dieser Meinung lehnten auch die beiden Instanzgerichte, die die vorher zitierte Entscheidung des OLG. München veranlaßten, den Antrag der Kindesmutter auf Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft über ihr Kind zum Zwecke der Verfolgung des Unterhaltsanspruches gegen den Erzeuger ab, weil die Feststellung der Unehelichkeit nicht durch das Vormundschaftsgericht, sondern nur durch das Prozeßgericht erfolgen könne, bis dahin aber das Kind ein eheliches sei und eine Verhinderung der Mutter in der Vertretung des Kindes nicht vorliege. Nach der erwähnten Kammergerichtsentscheidung liegt aber eine Verhinderung der Mutter in solchen Fällen stets vor. Das Kind könne mit der Klage nur durchdringen, wenn es seine uneheliche Abstammung erweise. Durch diesen Nachweis würde aber zugleich der Mutter die gesetzliche Vertretung des Kindes entzogen. Es müßte demnach wegen mangelnder gesetzlicher Vertretung im Prozesse unterliegen, auch wenn es ihm gelänge, den Nachweis für sämtliche Klagebehauptungen zu erbringen. Unter diesen Umständen bestehe zwischen der Vorbedingung für das Bestehen der elterlichen Gewalt und der gesetzlichen Vertretung des Kindes einerseits und dem Inhalte der Klagebehauptungen und des verfolgten Anspruchs andererseits ein Widerspruch, durch den die Mutter, selbst wenn ihr die elterliche Gewalt zustehen sollte, verhindert werde, das Kind in diesem Rechtsstreit zu vertreten, woraus sich die Notwendigkeit einer Pflegerbestellung ergebe, § 1909 BGB. Ich halte diese Verhinderung der Mutter zur Vertretung im Prozeß

1) BGB. § 1684 I 1, 1686, 1626, 1630 I; ZPO. § 51.

nicht für vorliegend. Es ist richtig und mutet als ein innerer, die Klageabweisung verlangender Widerspruch an, daß die Mutter sich hier in einem Atemzuge auf die Ehelichkeit des Kindes beruft, da diese die Grundlage ihrer Vertretungsbefugnis ist, und wieder auf die Unehelichkeit, die doch die Voraussetzung des erhobenen Unterhaltsanspruchs ist. Solche prozessualen Auffälligkeiten und Widersprüche finden sich aber auch sonst. Macht z. B. ein Beklagter geltend, er sei geisteskrank, also nicht prozeßfähig, so muß der von ihm zum Vertreter bestellte Anwalt dennoch zur Verhandlung zugelassen werden, um vorzubringen, daß der Beklagte nicht prozeßfähig sei. Der Anwalt, der wegen der Geisteskrankheit des Beklagten also sein Vertreter gar nicht geworden ist, kann trotzdem als sein Vertreter im Prozeß auftreten, um eine Tatsache vorzubringen, die ergibt, daß er nicht Vertreter ist[1]). Abgesehen hiervon behauptet die Mutter mit der Klageerhebung im Namen des Kindes gar nicht, daß das Kind ehelich sei, sondern sie sagt nur, daß es auf Grund der gesetzlichen Vermutungen als eheliches gelte, und sie daher vertretungsberechtigt sei. Daß diese Behauptung mit der Geltendmachung der Unehelichkeit sehr wohl vereinbar ist, erhellt umso deutlicher, wenn man bedenkt, daß, wie oben ausgeführt, selbst nach siegreich durchgeführtem Alimentationsprozeß gegen den Erzeuger, also nach rechtskräftig festgestellter Unehelichkeit, der allgemeine Personenstand des Kindes doch immer noch der eheliche, die Mutter also gesetzliche Vertreterin ist, eben weil jene rechtskräftige Feststellung nur dem Erzeuger gegenüber wirkt. Da zwischen den Interessen des Kindes und der Mutter keinerlei Widerstreit besteht, die Mutter durch die Erhebung der Anfechtungsklage vielmehr des Kindes Rechte verfolgt, liegt auch ein

1) Vgl. RGE. 18, 383.

Ausschluß ihrer Vertretung kraft Gesetzes[1]) nicht vor. Die Ehefrau kann daher als gesetzlicher Vertreter des Kindes die Unterhaltsklage gegen den Erzeuger führen, ohne daß dieser, auf die von der Mutter behauptete Unehelichkeit des Kindes sich seinerseits berufend, die Vertretungsbefugnis der Mutter bemängeln kann[2]). Ebenso sind alle Klagen Dritter, in denen die Unehelichkeit des Kindes geltend gemacht wird, gegen die Mutter zu richten, die natürlich in allen diesen Prozessen, da sie Parteivertreter ist, als Zeuge nicht auftreten kann. Stellen sich zwischen den Interessen der Mutter und des Kindes erhebliche Gegensätze heraus, so kann das Vormundschaftsgericht der Mutter die Vertretung entziehen[3]).

1) BGB. §§ 1795 mit 1630, 1686.

2) Vgl. hierzu Joseph, D. J. Z., Jahrg. 1912, S. 1179 u. Gerstel, Recht, VI. Jahrg. 1902, S. 98.

3) BGB. §§ 1630 II, 1796, 1686.